

## UN BALANCE DE LA CONSTITUCIÓN PERUANA DE 1993

Samuel B. Abad Yupanqui\*

**SUMARIO: I. GOLPE DE ESTADO Y NUEVA CONSTITUCIÓN. II. EL DISEÑO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993. III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRODUCIDAS. IV. EL APOORTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. V. REFLEXIONES FINALES: LA OPORTUNIDAD DE UN CAMBIO CONSTITUCIONAL**

La Carta de 1993 ha sido un instrumento jurídico y político destinado a legitimar la interrupción democrática del 5 de abril de 1992 y plasmar determinadas reglas no admitidas por la Constitución de 1979, con la finalidad de consolidar al gobierno no democrático y autoritario<sup>1</sup> del Ingeniero Alberto Fujimori.

A tal conclusión puede llegarse a través del análisis del procedimiento empleado para elaborar el texto constitucional y, especialmente, a partir del examen de las instituciones plasmadas en él: fortalecimiento del Poder Ejecutivo, introducción de la reelección presidencial inmediata, Congreso unicameral, reducción de atribuciones de los gobiernos locales y regionales, ampliación de la competencia de la justicia militar, pretendida extensión de la pena de muerte, entre otras.

En términos generales, el trabajo constituyente se llevó a cabo sin contar con una profunda participación de la población. La ciudadanía no sólo no exigió la apertura de un proceso constituyente y el nacimiento de una nueva Carta, sino que gran parte de ella estuvo desinformada del contenido y alcances de las normas que iban siendo aprobadas. Asimismo, carecieron de canales efectivos para la discusión e incorporación de sus propuestas.

Todo ello determinó la ausencia de un “clima constituyente” y la reducida posibilidad de formar conciencia ciudadana respecto al contenido del texto sometido a referéndum el 31 de octubre de 1993. A ello se unió la forma como éste fue regulado y el modo en que se condujo la campaña electoral, con una activa participación del gobierno. Esto afectó el principio de neutralidad y contribuyó a una marcada polarización entre quienes estaban a favor de la propuesta oficial y quienes -desde distintos sectores e ideologías- la cuestionaban.

No obstante, en la actualidad, la versión original del texto constitucional presenta cambios sustantivos. Así por ejemplo, se ha eliminado la reelección presidencial inmediata, se

---

\* Defensor Especializado en Asuntos Constitucionales de la Defensoría del Pueblo, profesor Asociado de Derecho Constitucional de la Pontificia Universidad Católica del Perú

<sup>1</sup> LÓPEZ JIMÉNEZ Sinesio, “Perú 2000-2001: La transición democrática y el gobierno de transición”, en COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, “Las tareas de la transición democrática”, Serie: Democracia Nº 1, Lima 2001, p.66. El citado autor señala que “Se puede definir el fujimorismo como un tipo de régimen político no democrático (...) que fue más bien una de las modalidades de los regímenes autoritarios”.

ha diseñado el marco constitucional básico de la descentralización y se ha reconocido el derecho al voto de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. A ello se unen los desarrollos jurisprudenciales efectuados por el Tribunal Constitucional, el cual al resolver los diversos procesos constitucionales que en los últimos años le han sido presentados, ha ido precisando y dotando de contenido a diversas disposiciones constitucionales.

En este sentido, pretendemos en las líneas que siguen recordar el proceso de elaboración de la Carta de 1993, describir el “modelo” previsto por ella, los cambios producidos por las reformas constitucionales efectuadas, especialmente luego de la caída del régimen fujimorista, así como el aporte a su “rediseño” realizado por el Tribunal Constitucional. Culminaremos planteando la necesidad de avanzar a un cambio profundo del texto constitucional, pese a las dificultades existentes fruto de la coyuntura política que vive el país.

## I. GOLPE DE ESTADO Y NUEVA CONSTITUCIÓN

Luego del triunfo del Ingeniero Fujimori en la segunda vuelta electoral realizada el 10 de junio de 1990 por una importante diferencia de votos -62% vs. 38% de Mario Vargas Llosa-, se inició un gobierno que carecía de mayoría en las Cámaras y que desde el principio mostró una marcada vocación por confrontar y deslegitimar a las restantes instituciones del Estado.

El Presidente, con el apoyo de las Fuerzas Armadas y del Servicio de inteligencia Nacional, el 5 de abril de 1992 dio un golpe de estado. En tal oportunidad, anunció la instauración de un Gobierno de Emergencia y Reconstrucción Nacional, cuyos objetivos se plasmaron en el Decreto Ley 25418, Ley de Bases del Gobierno de Emergencia y de Reconstrucción Nacional, publicado el 7 de abril de 1992.

Posteriormente, con la intención de legitimar al gobierno golpista y fruto de la presión internacional, especialmente de la Organización de Estados Americanos<sup>2</sup>, se optó por elaborar una nueva Carta, la décimo segunda de nuestra agitada vida republicana<sup>3</sup>, caracterizada por la precaria vigencia del orden constitucional. En efecto, mediante el Decreto Ley 25557 de 17 de junio de 1992, se convocó a elecciones para un Congreso Constituyente unicameral al que se denominó Democrático (CCD) encargado de elaborar una Constitución, legislar y fiscalizar.

A nuestro juicio, no era necesario elaborar una nueva Carta, bastaba con efectuar

---

<sup>2</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, “Del golpe de Estado a la nueva Constitución”, Serie: Lecturas sobre Temas Constitucionales 9, Lima: CAJ, 1993, p.173.

<sup>3</sup> El Perú durante el siglo XIX tuvo ocho Constituciones (1823, 1826, 1828, 1834, 1839, 1856, 1860 y 1867), y cuatro durante el siglo XX (1920, 1933, 1979 y 1993). Cfr. GARCÍA BELAUNDE Domingo con la colaboración de Walter Gutiérrez Camacho, “Las Constituciones del Perú”, Lima: Ministerio de Justicia, edición oficial, 1993, p.11.

algunas reformas puntuales al texto de 1979, especialmente en lo referente a la estructura del Estado. “La elaboración de una nueva Constitución sólo se justifica cuando los cambios políticos y sociales producidos en un país, conllevan la adopción de nuevos principios jurídicos y políticos que no son compatibles con los contenidos en la norma constitucional existente”<sup>4</sup>.

Las elecciones realizadas el 22 de noviembre de 1992, fueron favorables a la alianza oficialista Cambio 90-Nueva Mayoría. En este proceso electoral desistieron de participar Acción Popular, el APRA, el Movimiento Libertad y algunos sectores de izquierda. Dicho proceso fue objeto de severos cuestionamientos, registrados en los votos singulares del Dr. Juan Chávez Molina, miembro del JNE, recaídos en las Resoluciones 223 y 224-92-JNE que no fueron publicadas en el diario oficial “El Peruano”. En ellos, el referido magistrado sostuvo que el proceso electoral “adolece de irregularidades, desde la aprobación de la legislación que lo regula, hasta la ejecución y aplicación realizada”<sup>5</sup>. El siguiente cuadro muestra los resultados y la composición del CCD.

## Composición del CCD 1992-1995 <sup>6</sup>

Partido	Congr sistas
1. Nueva Mayoría- Cambio 90	44
2. Partido Popular Cristiano	
3. Frente Independiente Moralizador	8
4. Renovación	7
5. Movimiento Democrático de	6
Izquierda	4
6. Convergencia Democrática	4
7. Frente Nacional de Trabajadores y	3
Campesinos	
8. Frente Popular Agrícola del Perú	2
9. Solidaridad y Democracia	1
10. Movimiento Independiente Agrario	1
<b>TOTAL</b>	80

Como era previsible, los resultados electorales favorecieron a la alianza oficialista Cambio 90-Nueva Mayoría (44 de 80 congresistas). De esta manera, contó con la mayoría necesaria para dominar el Congreso. Es más, a la denominada "fórmula 44" se le unieron -

<sup>4</sup> COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS, “Debate Constitucional”, Nº 1, Lima: CAJ, 18 de febrero de 1993, p.1.

<sup>5</sup> CHÁVEZ MOLINA Juan, “Mis votos singulares. Historia del fraude que nunca se debe repetir”, Tomo III, Lima, 2000, pp. 390 y ss.

<sup>6</sup> TUESTA SOLDEVILLA, Fernando, “Perú Político en cifras 1821-2001”, Lima: Friedrich Ebert Stiftung, 3º ed., pp.79 y ss.

formal o informalmente- miembros de otros grupos políticos<sup>7</sup>, lo cual fue el anticipo de lo que volvería a ocurrir años después con los llamados “tránsfugas”.

El CCD brindó interés prioritario a la elaboración de una “nueva” Constitución, cumpliendo también labores legislativas y, nulas funciones fiscalizadoras. Según el Decreto Ley 25684 se instaló el 30 de diciembre de 1992 y su duración se extendió hasta julio de 1995.

Pese a la intención de elaborar un texto nuevo, la realidad evidenció que el producto resultante no podía evitar repetir en muchos casos lo que la Constitución de 1979 establecía. De ahí que se haya afirmado con razón que “la nueva Constitución repite en un 65% a la antigua”<sup>8</sup>.

## 1. La falta de un modelo y una previa definición de principios

A nuestro juicio, uno de los retos de quienes decidieron elaborar una “nueva” Constitución debió consistir en buscar las causas profundas de la crisis política e institucional que ha caracterizado al país -donde se ubica el golpe del 5 de abril de 1992- para elaborar una reforma que contribuya a superarla.

En este sentido, hubiera sido fundamental que el CCD antes de ingresar al análisis y aprobación de los artículos de la nueva Carta, definiera los principios que la identifican y el “modelo de sociedad”<sup>9</sup> al que se aspiraba. Así, en base a pilares previamente definidos, hubiera sido más sencillo elaborar el texto constitucional con el que se quería contar.

Para esta difícil tarea, la teoría constitucional debió dar luces sobre el contenido y alcances de las instituciones, uniéndose a ella el examen reflexivo de nuestra realidad. Sin embargo, tales aspectos no se tomaron en cuenta. Una labor de tal naturaleza, con un contenido necesario más no exclusivamente académico, no podía efectuarse de manera apresurada y en tan breve tiempo; en ella debió primar el análisis, evaluación y reflexión. Un pragmatismo mal entendido, obvió tan indispensable labor. Y es que lo importante era contar con un texto constitucional en el más breve plazo.

En efecto, el CCD imprimió una enorme celeridad al trabajo constituyente. Recordemos que la Comisión de Constitución se instaló y designó a su Presidente el 18 de

---

<sup>7</sup> De acuerdo a lo señalado por el entonces congresista Henry Pease (MDI) "el oficialismo no sólo estaba formado por Nueva Mayoría-Cambio 90 con 44 representantes. Con Renovación, la bancada encabezada por Rafael Rey, la asociación era explícita. Poco después varios abandonarían sus bancadas para adherirse al poderoso: dos del FIM (Larrabure y Chu Mériz -el autor de la ley Cantuta-), uno del PPC (Cruz Arrunátegui) y los dos representantes que fueron elegidos con los votos del FREPAP (Paredes y Vicuña), pero que fueron expulsados de él al no asumir la posición del NO en el referéndum" (PEASE GARCIA Henry, "Remando a contracorriente", Lima: Talleres Gráficos del CCD, 1995, p. 36).

<sup>8</sup> GARCIA BELAUNDE Domingo, "La nueva Constitución del Perú", en GARCIA BELAUNDE Domingo y Francisco Fernández Segado, "La Constitución peruana de 1993", Lima: Grijley, 1994, p. 20.

<sup>9</sup> DE OTTO Ignacio, "Derecho Constitucional. Sistema de fuentes", Barcelona: Ariel, 1989, p.44.

enero de 1993<sup>10</sup> y que el texto constitucional fue aprobado en la sesión del Pleno del CCD el 3 de setiembre del mismo año<sup>11</sup>. Es decir, la “nueva” Constitución fue elaborada y aprobada en menos de ocho meses. Incluso, el proceso de elaboración duró más de lo previsto, pues inicialmente se había dicho que el texto constitucional estaría listo el 28 de julio.

## 2. Una metodología inadecuada

Si recordamos el proceso de elaboración de la Carta de 1979, veremos que la Asamblea Constituyente (1978-1979) trabajó no sólo con una Comisión Principal (integrada por 25 representantes), sino a la vez con 14 Comisiones Especiales, cada una de ellas encargada de elaborar por lo menos un título de la futura Carta. Las ponencias de las indicadas Comisiones Especiales, de mayoría y de minoría, fueron presentadas a la Comisión de Constitución y ella elaboró, primero, un anteproyecto y después un proyecto, que luego de ser publicado para recibir las sugerencias de la ciudadanía y de las instituciones sociales, fue enviado al Pleno para su debate y posterior aprobación. Todo ello estuvo claramente regulado tanto en el Reglamento de la Asamblea Constituyente, como en las “normas adicionales que regirán el debate constitucional”<sup>12</sup>.

Experiencias similares se han presentado en otros países. En Italia, la elaboración del texto constitucional se inició por la “Comisión de los 75”, organizada en otras tres subcomisiones (derechos, organización del Estado, relaciones económicas y sociales)<sup>13</sup>. En España, una subcomisión de 7 personas se encargó de elaborar un borrador o ponencia, que luego de ser publicado fue debatido por la Comisión Constitucional del Congreso de los Diputados, para después ser enviado al Pleno, y seguir con un trámite similar en el Senado<sup>14</sup>. Asimismo, en Colombia se llevó a cabo un estrecho trabajo en Comisiones y Subcomisiones (derechos, ordenamiento territorial, Congreso y administración de justicia, por ejemplo)<sup>15</sup>.

Cabe anotar que la mayoría oficialista careció de un proyecto integral de Constitución. Sólo atinó a presentar un primer capítulo referido a los derechos y garantías constitucionales, que fue anunciado en la sesión de instalación de la Comisión de Constitución del CCD (18 de enero del 2003) por el congresista Chirinos Soto como el “proyecto de Renovación-Cambio

<sup>10</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates. Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y Reglamento”, Tomo I, pp. 5 y ss. En dicha sesión se suscitó un debate anecdótico respecto a la hora en que se iniciarían las sesiones. El congresista Fernández Arce propuso empezar a las ocho de la mañana. Inmediatamente Chirinos Soto sugirió empezar a las nueve o nueve y media diciendo que “hay que pensar que nos vamos a levantar a las seis de la mañana, que en realidad son las cinco; y entre ejercicios, gimnasia, periódicos, desayuno, aseo, se van dos horas”. Al final el Presidente de la Comisión citó a la siguiente sesión a las doce del día (p. 11).

<sup>11</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates. Debate Constitucional Pleno 1993”, Tomo III, pp. 2513 y ss.

<sup>12</sup> COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, “Anexos y Ponencias”, Tomo II, pp.13-21.

<sup>13</sup> PIZZORUSSO Alessandro, “Lecciones de Derecho Constitucional”, traducción de Javier Jiménez Campo, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, Tomo I, p.91.

<sup>14</sup> GUNTHER Richard, “El proceso constituyente español”, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº49, 1986, p.39 y ss.

<sup>15</sup> SÁCHICA Luis Carlos, “Nuevo constitucionalismo colombiano”, 10 ed., Bogotá: Temis, 1992, p.34.

90”, aunque posteriormente se retractó de ello –“es un lapsus”, dijo, pues se trataba del “proyecto Nueva Mayoría-Cambio 90”-, anticipando lo que sería su cercanía con la mayoría oficialista.<sup>16</sup> Dicho proyecto, que contaba con siete artículos recién fue publicado en el diario oficial el 20 de enero de 1993.

Como puede apreciarse, desde el inicio del proceso constituyente se empleó una metodología incoherente. Se optó porque la Comisión de Constitución aprobara por capítulos aislados la nueva Carta y luego ellos sean elevados al Pleno del CCD<sup>17</sup>. Así por ejemplo, el primer capítulo del anteproyecto relativo a derechos fundamentales, llegó a ser aprobado por el Pleno del CCD. Ante este irregular modo de aprobación, el “Frente Independiente Moralizador” y el “Movimiento Democrático de Izquierda” presentaron sendas mociones destinadas a regular un procedimiento adecuado, que fueron rechazadas por la mayoría. Sólo posteriormente, cuando una agrupación cercana a la mayoría oficialista -el movimiento “Renovación”- reiteró la moción, se corrigió lo que venía sucediendo.

Frente a los constantes cuestionamientos efectuados, el Pleno del CCD, que ya contaba en agenda con tres capítulos adicionales de la nueva Carta para ser debatidos, decidió variar la metodología adoptada. A través de una moción aprobada por unanimidad (14a. sesión, del 19 de marzo), se acordó “aplazar el debate y votación final en los trabajos constitucionales por el Pleno en tanto la Comisión Permanente de Constitución y Reglamento no hubiera aprobado la totalidad de los capítulos del proyecto de nueva Constitución”. De esta manera, tardíamente se corregía la actitud de la Comisión de Constitución.

### 3. La ausencia de un “clima constituyente”

La forzada marcha hacia un proceso constituyente que no fue reflejo de la voluntad de la ciudadanía, su limitada información y participación, no permitió que se interiorice plenamente lo que se estuvo gestando. Ello, trajo como consecuencia la falta de un verdadero “clima constituyente”. Esta expresiva frase utilizada por Pablo Lucas Verdú al evaluar el proceso constituyente español<sup>18</sup>, ha sido indicativa de lo que sucedió en el país.

En efecto, si se examinan los resultados de encuestas correspondientes al mes de agosto de 1993 realizadas en Lima, veremos que sólo el 11% de las personas aseguraba estar informada del contenido del anteproyecto de Constitución. El 62.8% afirmaba estar poco informado y el 24.5% carecía de información. Asimismo, en una encuesta realizada en Lima, la mayoría consideraba que en el texto en elaboración no se habían recogido las opiniones de la población (62 %); sólo el 28.8% entendía que si fueron escuchadas<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates. Debate Constitucional 1993, Comisión de Constitución y Reglamento”, Tomo I, p. 10.

<sup>17</sup> Esta metodología fue expuesta al Pleno del CCD en la sesión del 12 de febrero de 1993 por Carlos Torres y Torres Lara cuando se inició el debate del capítulo I sobre derechos fundamentales. Cfr. CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates – Debate Constitucional Pleno -1993”, Tomo I, p.26.

<sup>18</sup> LUCAS VERDÚ Pablo, “Singularidad del proceso constituyente español”, Revista de Estudios Políticos, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, Nº1, 1978, p.10.

<sup>19</sup> IMASEN CONFIDENCIAL, Nº10, Lima, junio de 1993, p.21.



Esta distancia entre la labor constituyente y la ciudadanía, debió ser revertida para permitir un real debate nacional a fin de contar con un texto que responda a las expectativas de la sociedad. Y es que no debe perderse de vista que “el objetivo de toda Constitución es obtener el mayor y más intenso consenso político social de los ciudadanos para asegurar su permanencia y, por ende la estabilidad y regularidad del Estado de Derecho”<sup>20</sup>.

Todo esto resultaba más grave pues el referéndum constitucional sólo cumpliría su objetivo si suponía una previa información ciudadana que permita formarse opinión sobre los alcances del Proyecto. Esto no ocurrió. La ausencia de un clima constituyente quedó evidenciada con los resultados del 31 de octubre.

Por lo demás, el sistema adoptado por la ley constitucional de 31 de agosto de 1993, reguladora del referéndum, tampoco contribuyó a garantizar el consenso requerido, pues se limitaba a exigir una mayoría simple de votos válidos para la aprobación del Proyecto. El artículo 3 de dicha ley señalaba que “se considerará ratificada la nueva Constitución si los votos por el SI superan los del NO”. Es decir, un solo voto podía determinar la victoria del “SI”. La intención gubernamental era evidente: había que facilitar la aprobación del texto constitucional. La propia pregunta que se formuló –“Aprueba usted la nueva Constitución aprobada por el Congreso Constituyente Democrático”- incidía en ello, pues sugería que la Carta sujeta a referéndum ya había sido “aprobada”.

#### 4. Un cuestionado proceso de *referendum*

Los resultados oficiales del referéndum realizado el 31 de octubre de 1993 concedieron la victoria al “SI” con una mínima diferencia. Dichos resultados no estuvieron exentos de cuestionamientos. El 8 de diciembre de 1993, uno de los miembros del Jurado Nacional de Elecciones, el representante del Colegio de Abogados de Lima, Dr. Juan Chávez Molina –quien ejerció el cargo desde 1989 hasta 1994- formuló un importante voto singular a las Resoluciones Nº 023 y Nº 024-93-REF/JNE que denegaron las nulidades deducidas. Consideró que el texto sometido a referéndum había sido rechazado y, por tanto, debía ser remitido al CCD para su reformulación y sometimiento a un segundo referéndum constitucional tal como lo establecía la legislación electoral.

Dicho miembro denunció la “intimidación y la inducción autoritaria de quienes ejercen funciones políticas, en distintos niveles: Gobernadores, Subprefectos y Prefectos, intimidación que al haberlo expresado con puntual solemnidad, por quien ejerce la más alta función del Ejecutivo, es coacción”. Asimismo, cuestionó que diversas actas electorales carecieran de las tres firmas de los miembros de las respectivas mesas; el hecho que en diversas actas la suma de los votos válidamente emitidos, agregados a los votos en blanco y nulos, superasen los votos sufragados; así como la pérdida de las actas del Jurado Departamental de Arequipa, entre otras diversas irregularidades electorales detectadas<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> LUCAS VERDÚ Pablo, ob. cit. p.24.

<sup>21</sup> CHÁVEZ MOLINA Juan, Ob. Cit., p. 412.

Su constante posición crítica, evidenciada en sus diversos votos singulares, condujo a su posterior separación del JNE a través de una disposición constitucional con nombre propio. En efecto, la novena disposición final y transitoria de la Carta de 1993 señaló que la renovación de los miembros del JNE, instalado conforme a lo dispuesto por la nueva Carta, se iniciaría con el elegido por el Colegio de Abogados de Lima, es decir, con el Dr. Chávez Molina.

## Resultado Nacional

	Votos	Porcentaje sobre votos válidos	Porcentaje sobre votos emitidos	Porcentaje sobre población electoral
SI	3'895,763	52.3%	47.6%	33.5%
NO	3'548,334	47.7%	43.4%	30.5%
Blancos	215,896	-	2.6%	1.9%
Nulos	518,749	-	6.3%	4.5%
Votos emitidos	8'178,742	-	-	70.4%
Ausentismo	3'442,078	-	-	29.6%
Población electoral	11'620,820	-	-	-

Fuente: TUESTA S., Fernando, *Perú político en cifras: 1821-2001*, 3ra. Ed. Lima, Friedrich Ebert Stiftung, 2001, p. 468.

Estos resultados evidenciaron la reducida distancia entre ambas opciones. A esto ha de agregarse que el “NO” obtuvo el triunfo en catorce departamentos del país, mientras que en los once restantes alcanzó la victoria el “SI”<sup>22</sup>. Ello permite afirmar que la opción oficial alcanzó una mayor votación gracias a los votos de la capital, aunque como hemos visto existieron graves indicios que cuestionaron la validez del proceso, tal como lo señaló en su momento el Dr. Chávez Molina. Por lo demás, del total de la población electoral, sólo el 33.5% dijo “SI” a la nueva Constitución. El 30.5% le dijo “NO”, más del 6% votó en blanco o vició su voto, y casi el 30% se abstuvo de hacerlo. Como se aprecia, estas tres últimas cifras superaron con creces los votos por el SI. Ello evidencia la ausencia de un pleno consenso ciudadano para aprobar la nueva Carta.

De esta manera, luego de su ratificación en el cuestionado referéndum, el texto de la

<sup>22</sup> TUESTA SOLDEVILLA Fernando, Ob. Cit. p. 468.



Carta de 1993 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el 30 de diciembre de 1993, y entró en vigencia al día siguiente<sup>23</sup>.

## II. EL DISEÑO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1993

La aspiración de quienes elaboraron la Carta de 1993, debió ser la de robustecer a nivel constitucional la institucionalidad democrática y garantizar a plenitud los derechos de las personas. No obstante, dicha Carta estuvo muy distante de tal aspiración. Sólo pretendía legitimar y favorecer al gobierno golpista e incluir la reelección presidencial. De ahí que para afianzar un régimen democrático en el país haya resultado indispensable modificarla en temas sustanciales. Estas reformas sólo pudieron plasmarse luego de la caída del régimen fujimorista y han sido complementadas con el aporte jurisprudencial del Tribunal Constitucional.

### 1. Carencia de un preámbulo

El apresuramiento en aprobar el texto constitucional, así como una concepción pragmática de lo que significa una Constitución, condujo a la publicación de un texto con unas breves líneas que pretendieron servirle de preámbulo. Por ello, no se pudo fijar el “techo ideológico” de la nueva Carta. El autodenominado “preámbulo” sólo menciona que el Congreso Constituyente Democrático ha tomado en cuenta tres aspectos centrales para dar la nueva Constitución.

En primer lugar, invoca a “dios todopoderoso”, afirmación que no necesariamente guarda coherencia con la separación que debe existir entre Iglesia y Estado y que identifica a todo Estado laico o no confesional. En segundo lugar, alude al respeto del “mandato del pueblo peruano”, lo cual es obvio pues una de las funciones asignadas al Congreso fue la de dar una Constitución. Y, finalmente, recuerda el “sacrificio de todas las generaciones que nos han precedido en nuestra patria”, lo que resulta sumamente amplio e impreciso.

Como puede apreciarse, tal precariedad denota una seria omisión, pues en el preámbulo se plasman los principios, valores y “decisiones políticas fundamentales” que inspiran al texto constitucional y al modelo de sociedad que se aspira construir, sirviendo además como fuente de interpretación de las restantes normas constitucionales<sup>24</sup>. Un preámbulo se caracteriza por “la formulación de posturas valorativas, (“altos”) ideales, convicciones, motivos, en suma, la imagen propia del constituyente”<sup>25</sup>.

El actual no puede compararse con el que tuvo la Constitución de 1979, cuyo texto

<sup>23</sup> Un análisis exegético de la Carta de 1993 puede consultarse en “La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo”, Director Walter Gutiérrez, 2 Tomos, Lima: Gaceta Jurídica y Congreso de la República, 2005.

<sup>24</sup> BIDART CAMPOS Germán, “Manual de Derecho Constitucional argentino”, Buenos Aires: Ediar, 1985, pp. 34-35.

<sup>25</sup> HABERLE Peter, “El Estado constitucional”, traducción de Héctor Fix-Fierro, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2001, pp. 274-275.

fue elaborado en base a las propuestas de Andrés Townsend Ezcurra (APRA) y Roberto Ramírez del Villar (PPC)<sup>26</sup>, y que fue fruto de un arduo trabajo constituyente. Es más, tan escueta redacción nos lleva a pensar que en rigor la Carta de 1993 carece de un preámbulo constitucional. “A contracorriente del moderno constitucionalismo, (...), el texto constitucional del CCD carece de preámbulo. No puede denominarse así –por cierto- a su parca invocación.”<sup>27</sup>

Una probable explicación se puede encontrar en el excesivo pragmatismo que caracterizó a la bancada oficialista, para quienes los principios y valores que se expresan en un preámbulo no les parecieron relevantes. Ello, también puede explicar las críticas a la Constitución de 1979 por su excesivo reglamentarismo, lo cual condujo equivocadamente a que parte del debate constitucional se centrara en el número de artículos que debía tener una Constitución.

A nuestro juicio, lo central e importante no es el número, sino las materias básicas que todo texto constitucional debe contener. “La solución mejor parece estar en el justo medio”<sup>28</sup>. Y es que no puede pensarse que una opción no reglamentarista a ultranza sea la más adecuada. De ser así, se corre el riesgo que el legislador pueda cambiar en la práctica el contenido del texto constitucional a través de leyes ordinarias.

## 2. Derechos fundamentales

En términos generales la Carta de 1993 reitera gran parte de los derechos previstos por la Constitución de 1979, en contados casos efectúa adiciones y, en otros, algunas restricciones y exclusiones. Y es que en realidad, carecía de sentido modificar la parte dogmática de la Constitución de 1979 para ampliar o introducir nuevos derechos. Para hacerlo bastaba acudir al artículo 4 de la misma –que inspiró al artículo 3 de la Carta vigente-, que permitía la apertura de la Carta a futuros “derechos implícitos” o “innominados” derivados de la dignidad del ser humano. Incluso el artículo 105 del texto de 1979 permitía acoger en el ordenamiento interno a los derechos reconocidos por los tratados, pues éstos según dicho dispositivo contaban con jerarquía constitucional.

En cambio, sí era preciso modificar la Constitución de 1979 para adelgazar o reducir los derechos. Esto sucedió con la ampliación de los supuestos en los que cabe aplicar la pena de muerte, al haberse eliminado el artículo 105 de la Constitución de 1979, así como tratándose de los derechos sociales. Lo propio ha ocurrido en materia de igualdad al haberse eliminado la cláusula de la Constitución anterior, según la cual “la ley reconoce a la mujer derechos no menores que al varón”, con lo cual se retrocede a “una fórmula que plasma la

<sup>26</sup> COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, “Diario de los Debates”, Tomo IV, pp.384 y ss.

<sup>27</sup> PLANAS SILVA Pedro, “El difícil preámbulo”, en GARCIA BELAUNDE Domingo y Pedro Planas Silva, “La Constitución traicionada. Páginas de historia reciente”, Lima: Seglusa Editores, 1993, p. 293.

<sup>28</sup> BISCARETTI DI RUFFIA Paolo, “Derecho Constitucional”, 3º ed. Madrid: Tecnos, 1987, p.255.

igualdad formal en términos restrictivos”<sup>29</sup>.

Además, la Carta de 1993 pretendió establecer diferencias entre los derechos fundamentales y los restantes derechos reconocidos por ella. En efecto, el texto constitucional vigente emplea la expresión derechos fundamentales para denominar a aquellos incluidos en el primer Capítulo de su Título I, estableciendo una aparente distinción con los restantes derechos desarrollados en otros capítulos, a los cuales no los denomina fundamentales sino sociales y económicos (Capítulo II) y políticos (Capítulo III).

A nuestro juicio, no debe existir tal distinción; más aún si las normas cuentan con vida propia con independencia de la eventual intención de los constituyentes. En efecto, la cláusula abierta -prevista por el artículo 3, ubicado en el primer capítulo de la Constitución- permite afirmar que también son derechos fundamentales los demás reconocidos por ella así no se encuentren ubicados en el capítulo primero e incluso los “derechos implícitos”, es decir, aquellos no previstos expresamente. En definitiva, en nuestro ordenamiento jurídico no existen diferencias entre las expresiones derechos constitucionales y derechos fundamentales.

Como aspecto positivo podemos considerar la regulación de la libertad individual. En efecto, la Carta de 1993 señala que nadie puede ser detenido sino por “las autoridades policiales en caso de flagrante delito” (artículo 2, inciso 24, literal f). Cabe recordar que la Constitución de 1979 disponía que la policía sólo podía detener en caso de flagrante delito o en base a una orden judicial; agregando que “en todo caso el detenido debe ser puesto, dentro de veinticuatro horas o en el término de la distancia, a disposición del Juzgado que corresponde”. La expresión “en todo caso” sirvió para que predomine una interpretación que autorizaba a la policía a detener por cualquier motivo -sospechas, indocumentados, comisión de faltas, etc.- con el único límite del plazo de 24 horas. La Carta de 1993, ha eliminado tal expresión, con lo cual ya no existe ningún sustento normativo que habilite a la policía a detener fuera de los supuestos de flagrante delito y en aplicación de un mandato judicial<sup>30</sup>.

Asimismo, ha sido relevante la introducción del derecho de acceso a la información pública, como derecho autónomo independiente de las libertades de información y expresión. En efecto, el artículo 2 inciso 5) de la Constitución de 1993 reconoce el derecho de toda persona a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Si bien su incorporación ha sido un aporte significativo, la realidad evidenció su limitada vigencia durante el régimen Fujimorista caracterizado por el imperio de una “cultura del secreto”<sup>31</sup>.

<sup>29</sup> BERMÚDEZ VALDIVIA Violeta, “Alcances constitucionales del derecho a la igualdad de la mujer”, En “La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios”, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 11, Lima: CAJ, 1995, p.44.

<sup>30</sup> EGUIGUREN PRAELI Francisco, “El derecho a la libertad personal: contenido, restricciones y protección frente a detenciones arbitrarias”, en “Estudios Constitucionales”, Lima: ARA Editores, 2002, p.59.

<sup>31</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Situación de la Libertad de Expresión en el Perú”, Informe Defensorial Nº 48, Lima, 2000, p. 56. Asimismo, DEFENSORIA DEL PUEBLO, “El acceso a la información pública y la cultura del secreto”, Informe Defensorial Nº 60, Lima, 2001.

También ha sido un avance que el artículo 2 inciso 6) de la Carta vigente reconozca el denominado “derecho a la autodeterminación informativa” (artículo 2 inciso 6), aunque al hacerlo la redacción pecó de restrictiva pues se limitó a regular sólo algunos de sus aspectos<sup>32</sup>. Ello ha tenido que ser “corregido” por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y por el Código Procesal Constitucional (artículo 61 inciso 2) que ha ampliado su contenido.

Otro aporte de la Carta vigente ha sido introducir el derecho a la identidad étnica y cultural, estableciendo el deber del Estado de reconocerlo y protegerlo (artículo 2 inciso 19). Ello ha permitido reconocer a la justicia comunal (artículo 149) como una forma a través de la cual las Comunidades Nativas y Campesinas, así como las Rondas Campesinas imparten justicia aplicando el derecho consuetudinario. De esta manera, se reconoce el pluralismo jurídico o pluralismo legal, es decir, que en el mismo Estado “coexisten varios sistemas normativos”<sup>33</sup>, con lo cual no hay un solo ordenamiento jurídico sino también otros, como el derecho consuetudinario, que permite resolver conflictos aplicando sus propias normas.

La coyuntura también ha marcado los contenidos de algunos preceptos constitucionales. Así por ejemplo, los actos de insurgencia ocurridos el 13 de noviembre de 1992 –promovidos por un grupo de oficiales de las Fuerzas Armadas, liderados por el General EP Jaime Salinas Sedó, que pretendieron destituir al golpista Fujimori-, tuvieron consecuencias en la normativa constitucional. En efecto, los alcances del derecho de insurgencia cuyo titular era el pueblo conforme al artículo 82 de la Constitución de 1979, fueron restringidos a la “población civil” por el artículo 46 de la Carta vigente. Se trató así de evitar cualquier intento insurgente de las Fuerzas Armadas contra un gobierno usurpador.

De otro lado, la Carta vigente ha reducido los alcances de algunos derechos sociales. Uno de los debates más intensos se produjo en relación a la gratuidad de la enseñanza. La propuesta original introdujo graves recortes generando una intensa polémica que tuvo que ser revertida ante la cercanía del referéndum. No obstante, subsisten ciertas restricciones a la gratuidad de la enseñanza universitaria, tal como se desprende del artículo 17 del texto de 1993<sup>34</sup>. Respecto a los derechos laborales, se “elimina toda referencia a la compensación por tiempo de servicios, así como a las gratificaciones, bonificaciones y demás beneficios sociales”<sup>35</sup>. Además, se prescinde del derecho de los trabajadores a participar en la gestión y propiedad de las empresas de acuerdo con su modalidad, que estuvo previsto por el artículo 56 de la Constitución de 1979. Y, como se había anunciado, se flexibiliza la estabilidad laboral –“adecuada protección contra el despido arbitrario” señala el artículo 27-, supuesto que

<sup>32</sup> EGUIGUREN PRAELI Francisco, “El hábeas data y su desarrollo en el Perú”, en “Estudios Constitucionales”, Lima: ARA Editores, 2002, p.194 y ss.

<sup>33</sup> YRIGOYEN FAJARDO Raquel, “Rondas campesinas y pluralismo legal: necesidad de reconocimiento constitucional y desarrollo legislativo”, en DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Hacia una ley de rondas campesinas”, Lima, 2002, p.81.

<sup>34</sup> VEGAS José Martín, “Gratuidad de la enseñanza”, En “La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios”, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1994, p.86.

<sup>35</sup> BLANCAS BUSTAMANTE Carlos, “Los derechos laborales y la estabilidad en el trabajo”, En “La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios”, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1994, p.102.

permite en caso de despido injustificado la simple indemnización económica y no la reposición del trabajador.

Tema fundamental es el referido a la ampliación de los casos de aplicación de la pena de muerte para los delitos de “traición a la patria en caso de guerra, y el de terrorismo” (artículo 140). Si la referida norma –que, a nuestro juicio, debería ser eliminada- se interpreta en forma literal, no guardaría coherencia con el segundo párrafo del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que impide extender dicha pena a nuevos delitos en los cuales no se aplique.

Como se sabe la Constitución de 1979 sólo permitía la pena de muerte para el supuesto de “traición a la patria en caso de guerra exterior” (artículo 235) y, por tanto, la Carta de 1993 no podía ampliarla a nuevos delitos. A nuestro juicio, la intención del CCD fue generar la sensación en la opinión pública de que se estaban introduciendo penas severas para enfrentar el terrorismo, lo cual resultaba impracticable pues al sujetarse la nueva norma a “los tratados de los que el Perú es parte obligada” se sometía a lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos que impedía su ampliación.

Un aspecto importante ha sido el reconocimiento de los derechos de participación política a través de mecanismos de democracia directa, como el *referendum*, la revocatoria, la rendición de cuentas y la remoción de autoridades. Sin embargo, no hay que olvidar las dificultades de llevarlos a la práctica durante el régimen fujimorista. Basta recordar todas las trabas que se pusieron para impedir el uso del *referendum* contra la ley que permitía la segunda reelección presidencial que terminaron haciéndolo impracticable.

Paralelamente, el tratamiento brindado a los partidos políticos no sólo significó una reducción en el número de artículos que los regulaban -si lo comparamos con la Constitución de 1979-, sino que constituyó “un astuto esfuerzo destinado a relativizar a los partidos políticos como instituciones vertebrales para la participación política”<sup>36</sup>. En efecto, los equiparó con las alianzas y movimientos, y eliminó la mención que hacía el artículo 68 del texto de 1979 de ser “instrumentos fundamentales para la participación política de la ciudadanía”.

Finalmente, aunque se dejó de lado el artículo 105 de la Carta de 1979, la cuarta disposición final y transitoria del texto constitucional introdujo una norma inspirada en el artículo 10.2 de la Constitución española, según la cual los derechos reconocidos por la Constitución se deben interpretar de conformidad con los tratados sobre derechos humanos de los que el Perú es parte<sup>37</sup>.

### 3. Régimen económico: economía social de mercado

<sup>36</sup> PLANAS Pedro, “La relativización constitucional de los partidos políticos”, En “La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios II”, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1995, p. 62.

<sup>37</sup> CARPIO MARCOS Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, Lima: Palestra Editores, 2004, p. 124.

La Carta de 1993 garantiza la libre iniciativa privada y mantiene la definición de una economía social de mercado. Sin embargo, a lo largo de sus diversos artículos ha reducido la intervención del Estado en la economía y consagrado un Estado subsidiario. De esta manera, diseña una economía “social” de mercado distinta a la prevista por la Constitución de 1979.

Entre otros aspectos, consagra el principio de subsidiariedad al establecer que “sólo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional” (artículo 60). Además, consagra la absoluta estabilidad de los contratos -constitucionalizando los “contratos ley”-, e impidiendo su excepcional alteración, incluso por razones de interés social (artículo 62).

Con el afán de hacer atractiva las inversiones, reconoce un tratamiento igualitario a la inversión nacional y extranjera (artículo 63), abriendo las puertas a los procesos de privatización<sup>38</sup>. Asimismo, como hemos mencionado, regula de manera distinta los derechos sociales, para evitar o disminuir los “sobrecostos sociales”.

Reconoce el derecho de propiedad eliminando la expresión prevista por la Constitución de 1979, según la cual su ejercicio debe hacerse en armonía con el interés social. Por ello, excluye dicho supuesto como motivo para disponer una expropiación y sólo la permite por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley. Asimismo, elimina el artículo 132 de la Carta de 1979 que permitía la intervención de empresas en situaciones de crisis grave o de emergencia; excluye el interés social como límite al ejercicio de la actividad empresarial; y deja de precisar que el Perú es una República basada en el trabajo, norma prevista por el artículo 79 de la Constitución de 1979. Además, señala que el Estado facilita y vigila la libre competencia, prohibiendo los monopolios legales, así como el abuso de la posición de dominio (artículo 61).

Sigue manteniendo un capítulo referido a las Comunidades Campesinas y Nativas tal como lo hacía la Constitución de 1979, pero regula los derechos que tienen sobre sus tierras de manera distinta. En efecto la Carta anterior establecía que dichas tierras eran inembargables, imprescriptibles, e inalienables –esto último con excepciones puntuales- (artículo 163); el nuevo texto, permite la libre disposición de las tierras y sólo garantiza su carácter imprescriptible (artículo 89), lo cual termina desprotegiendo a las comunidades.

Asimismo, al regular la potestad tributaria del Estado y los principios y derechos constitucionales que debe respetar, establece una prohibición expresa al Poder Ejecutivo al señalar que aquel no puede dictar decretos de urgencia en materia tributaria (artículo 74), lo cual antes no ocurría.

Es preciso recordar que toda Constitución moderna debe contener las pautas generales, más no petrificar un sistema económico determinado. Ella debe ser lo

---

<sup>38</sup> OCHOA CARDICH César, “Base fundamentales de la Constitución económica de 1993”, En “La Constitución de 1993, Análisis y Comentarios II”, Serie Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1995, p. 85.



suficientemente flexible para que los distintos gobiernos elegidos democráticamente puedan optar por variar de rumbo en el marco del respeto al pluralismo político. Como señala Bassols Coma, “los preceptos constitucionales de signo económico (se conciben) como cláusulas abiertas y expansivas que en última instancia son rellenas o actualizadas por el legislador ordinario y, de modo preferente, por la actuación gubernativa y administrativa encargada principalmente de la gestión de la política económica”<sup>39</sup>.

## 4. Régimen de excepción

El artículo 137 de la Constitución, autoriza al Presidente de la República a decretar, por plazo determinado, en todo o en parte del país, los estados de emergencia y de sitio. El estado de emergencia procede en caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afecten la vida de la Nación; mientras que el estado de sitio se dicta en caso de invasión, guerra exterior, guerra civil, o peligro inminente de que se produzcan.

Durante el estado de emergencia puede restringirse el ejercicio de cuatro derechos: a no ser detenido salvo mandato judicial o flagrante delito, la libertad de tránsito, la inviolabilidad del domicilio y de reunirse. En cambio, durante el estado de sitio deberán mencionarse los derechos cuyo ejercicio no se restringe o suspende. Ello no significa que todos los derechos pueden restringirse pues existe un núcleo inderogable, previsto por el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Opiniones Consultivas 08-87 de 30 de enero de 1987 y 09-87 de 6 de octubre del mismo año<sup>40</sup>.

Los derechos restringidos no se anulan ni desaparecen temporalmente. Tampoco se requiere pedir autorización a la autoridad policial, militar o política para ejercerlos. Lo que ocurre es que pueden ser restringidos por la policía, o las Fuerzas Armadas –sólo si éstas últimas asumen el control del orden interno cuando lo dispone el Presidente de la República-, siempre que la restricción guarde relación directa con los motivos por los que se declaró dicho estado –principio de razonabilidad-. Además, debe verificarse si la restricción a los derechos resulta manifiestamente desproporcionada.

Ambos criterios cuentan con expreso sustento normativo (artículo 200) lo cual ha sido un aporte positivo de este texto constitucional. En definitiva, durante un régimen de excepción no se anula la Constitución ni los derechos humanos y los controles jurisdiccionales y parlamentarios deben subsistir para evitar posibles excesos.

## 5. Fortalecimiento del Presidente de la República y adopción de un Congreso unicameral

<sup>39</sup> BASSOLS COMA Martín, “Constitución y sistema económico”, Madrid: Tecnos, 1985, p.42.

<sup>40</sup> MELÉNDEZ Florentín, “La suspensión de los derechos fundamentales en los Estados de Excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, San Salvador, 1999.

La Constitución de 1993 ha fortalecido al Presidente de la República, quien no sólo cuenta con las atribuciones propias de un Jefe de Estado, Jefe de Gobierno (artículo 110) y Jefe Supremo de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional (artículo 167), sino además con la potestad de nombrar, sin ratificación del Congreso, a los generales de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional (artículo 172), dictar decretos de urgencia con rango de ley (artículo 118 inciso 21), y disolver el Congreso cuando se censure o niegue confianza a dos Consejos de Ministros contando con un plazo de cuatro meses para realizar elecciones (artículo 134). A ello se une que el Presidente es irresponsable políticamente y sólo puede ser acusado durante su mandato en supuestos realmente excepcionales (artículo 117). Como puede apreciarse, la Carta vigente ha diseñado a un Presidente de la República con muchos poderes y pocos controles.

La Constitución anterior permitía la disolución del Congreso cuando se censuraba o negaba confianza a tres Consejos de Ministros (artículo 227). La Carta vigente lo reduce a dos y a la vez introduce un dispositivo según el cual el Presidente del Consejo de Ministros, dentro de los treinta días de haber asumido sus funciones, debe exponer ante el Congreso la política general del gobierno y las principales medidas que requiere su gestión planteando cuestión de confianza (artículo 130).

La elección del Presidente de la República ha seguido el diseño previsto por la Constitución de 1979 al señalar que será elegido quien obtiene más de la mitad de los votos – los viciados o en blanco no se computan-. Si ninguno obtiene dicha mayoría se procede a una segunda elección entre los dos candidatos más votados (artículo 111).

Lo que resulta novedoso es haber eliminado la disposición que exigía más de la mitad de los “votos válidamente emitidos” establecida por la Constitución de 1979, que permitió que la Ley 23903, publicada el 25 de agosto de 1984, señale que ella comprendía tanto a los votos viciados como en blanco, incrementando la valla que debía superar un candidato en primera vuelta. Dicha norma tenía la intención de “dificultar el triunfo aprista y asegurar la realización de una segunda vuelta donde tentar mejor suerte”<sup>41</sup>. En el Perú, a diferencia del modelo francés, la segunda vuelta o “ballottage” sólo se emplea en la elección presidencial, lo que conduce a que la conformación del Congreso quede definida en la primera. Esto permite que si resulta elegido Presidente quien quedó segundo, éste carezca de mayoría en el Congreso lo cual eventualmente podría afectar la gobernabilidad<sup>42</sup>.

La Carta de 1993 ha sido conocida por introducir la reelección presidencial inmediata prohibida por la Constitución de 1979 y por la de 1933. Incluso, esta última reaccionó ante el oncenio del Presidente Leguía incorporando una cláusula especial destinada a evitar su

<sup>41</sup> EGUIGUREN PRAELI Francisco, “La elección presidencial en la Constitución de 1979”, en “Diez años de régimen constitucional en el Perú 1980-1990. Los retos de una democracia insuficiente”, Lima: CAJ, Fundación Friedrich Naumann, 1990, p. 136.

<sup>42</sup> SABSAY Daniel, “Ballottage o doble vuelta electoral”, en INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS – CAPEL, “Diccionario Electoral”, 2º ed., Tomo I, San José, 2000, p. 94.

reforma<sup>43</sup>. No obstante, el artículo 112 de la Carta de 1993 cambió radicalmente la situación anterior al señalar que “El mandato presidencial es de cinco años. El Presidente puede ser reelegido de inmediato para un período adicional. Transcurrido otro período constitucional, como mínimo, el ex presidente puede volver a postular, sujeto a las mismas condiciones”. De esta manera, se autorizó la reelección inmediata “para un periodo adicional”, con lo cual podía llegarse a un máximo de diez años consecutivos o dos periodos presidenciales. Definitivamente, la norma no permitía que alguien permaneciera en la Presidencia por quince años continuos, como finalmente pretendió Fujimori.

Sin embargo, como la norma reeleccionista introducida por la Carta de 1993 resultó insuficiente para la voluntad del régimen fujimorista de perpetuarse en el poder, se dictó la Ley 26657, publicada el 23 de agosto de 1996, que pretendió interpretar lo dispuesto por el artículo 112 de la Constitución. Dicha ley estableció que la reelección se computaba para los mandatos iniciados a partir del año 1995 y que, en consecuencia, ese año no había existido una reelección sino una simple elección. Por ello, se denominó “ley de interpretación auténtica”, entendida –inconstitucionalmente- como la única interpretación posible de una norma constitucional<sup>44</sup>.

La referida ley fue objeto de una demanda de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, que fue resuelta el 3 de enero de 1997. La magistrada Delia Revoredo y los magistrados Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry, ante la abstención de los cuatro restantes, se pronunciaron por su manifiesta inconstitucionalidad y dispusieron su inaplicación en ejercicio del control difuso (Exp. 002-96-I-TC). Ello condujo a que el Congreso decidiera destituirlos por una supuesta infracción de la Constitución.

Esta funesta experiencia, motivada por la intención del régimen de permanecer en el poder, hizo que luego de la caída del régimen fujimorista se modifique la Constitución para impedir definitivamente la reelección presidencial inmediata.

Como era de esperarse, la propuesta inicial formulada en el CCD por un sector de la mayoría – no del Presidente- de contar con un “gobierno de gabinete” no se plasmó en la Constitución. Efectivamente, al Presidente del Consejo de Ministros sólo le corresponde ser un simple “portavoz” de la política del gobierno, después del Presidente de la República (artículo 123 inciso 1), quien tiene la atribución de nombrarlo y removerlo así cuente con la confianza del Parlamento (artículo 122). Lo novedoso es que el Presidente del Consejo de Ministros puede ser un ministro que no cuente con otra cartera ministerial (artículo 123).

De otro lado, el texto constitucional optó por contar con un Congreso unicameral

---

<sup>43</sup> En efecto, la Constitución de 1933 introdujo un dispositivo según el cual “Artículo 142.- No hay reelección presidencial inmediata. Esta prohibición no puede ser reformada ni derogada. El autor o autores de la proposición reformativa o derogatoria, y los que la apoyen, directa o indirectamente, cesarán, de hecho, en el desempeño de sus respectivos cargos y quedarán permanentemente inhabilitados para el ejercicio de toda función pública.”

<sup>44</sup> AA.VV., “Reelección presidencial y derecho de referéndum”, Lima: Fundación Hanns Seidel – Foro Democrático, 1997.

integrado por 120 congresistas elegidos mediante un proceso electoral "organizado conforme a ley" (artículo 90). De esta manera, habilitó al legislador a adoptar las variables del sistema electoral que considere apropiadas (distrito único o múltiple). Sin embargo, para las elecciones generales realizadas el año 1995, la séptima disposición transitoria dispuso que se realizarían por distrito único.

No compartimos la opción unicameral adoptada, pues una segunda cámara permitiría revisar las leyes aprobadas por los diputados y, consecuentemente, una mayor reflexión y calidad en la producción legislativa. Asimismo, una distinta forma de elección de cada una de las cámaras favorecería una mayor representación del electorado. Ciertamente, ambas Cámaras deberían contar con funciones distintas a efectos de evitar una duplicidad de trabajo y un adecuado reparto de atribuciones. Este cambio, además, ha conducido a que el Congreso presente un severo déficit de representación. Recordemos que en 1980 se contaba con 60 senadores y 180 diputados y ahora con sólo 120 congresistas.

Si bien se diseñó un Congreso unicameral, paralelamente se reguló de un modo especial a la Comisión Permanente del Congreso que cuenta con ciertas atribuciones propias (artículos 99 y 101) y que es diferente de la prevista por la Carta anterior. De ahí que algunos analistas hayan considerado que el reforzamiento de esta Comisión la ha distorsionado, pues "deja de convertirse en un organismo que sólo se reúne durante el receso parlamentario para adquirir funciones propias y estables que pueden requerir reuniones ordinarias en simultáneo o no, con el Parlamento unicameral"<sup>45</sup>.

Respecto al control parlamentario no sólo se dejó de mencionar como una atribución expresa del Congreso la facultad de control -que aunque implícita en otros países en nuestra realidad hubiera sido conveniente explicitarla-, sino que además no se aclaró el significado de la frase "dar cuenta al Congreso", prevista cuando el Ejecutivo aprueba decretos de urgencia (artículo 118 inciso 19), decretos legislativos (artículo 104), tratados (artículo 57) o declara el régimen de excepción (artículo 137). Asimismo, el nuevo texto amplía el "período de enfriamiento" de la moción de censura, que será debatida y votada entre el cuarto y décimo día de su presentación (artículo 132).

Todo lo anterior nos permite concluir que "indudablemente, en el Perú el poder reside en el Presidente de la República. Frente a él ni los ministros ni el Poder Legislativo tienen armas suficientes como para vencer en un enfrentamiento político"<sup>46</sup>. Y es que en definitiva, "La Constitución de 1993 reforzó el régimen presidencialista, a través de la figura de la reelección presidencial inmediata y el debilitamiento del Congreso, convertido en unicameral y con algunas competencias reducidas"<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> BERNALES BALLESTEROS, Enrique. "La Comisión Permanente en la Constitución de 1993", en la Constitución de 1993. Análisis y comentarios", Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1994, p.162.

<sup>46</sup> RUBIO CORREA Marcial, "Estudio de la Constitución Política de 1993", Tomo 4, Lima: PUC, 1999 p. 18.

<sup>47</sup> LANDA ARROYO César, "Tribunal Constitucional y Estado de Derecho", 2 ed., Lima: Palestra Editores, 2003, p. 81.

## 6. Sistema de Justicia

La Carta de 1993 no se refiere a un Sistema de Justicia, que de existir hubiera facilitado las posibilidades de una coordinación interinstitucional que maximice el cumplimiento de sus objetivos. Sin embargo, podemos entender que se encuentran involucrados dentro del mismo: el Poder Judicial, el Ministerio Público, el Consejo Nacional de la Magistratura y la Academia de la Magistratura.

El Poder Judicial es un órgano autónomo y está integrado por la Corte Suprema y las demás cortes y juzgados que determina su ley orgánica, así como por los órganos que ejercen su gobierno y administración (artículo 143). En este diseño la Sala Plena de la Corte Suprema es el órgano máximo de deliberación. Además, el artículo 138 tal como lo establecía la Constitución de 1979 contempla el control difuso, es decir, la potestad de los jueces de preferir la Constitución a la ley en caso de incompatibilidad.

Los jueces cuentan con garantías para su independencia y gozan de inamovilidad en el cargo pues no pueden ser trasladados sin su consentimiento (artículo 146). Son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura, salvo los jueces de paz no letrados que provienen de elección popular. De acuerdo a la Constitución, la ley podría establecer la elección de jueces de primera instancia (artículo 152). Esta elección, a diferencia de la que corresponde a los jueces de paz no letrados, ha generado serios cuestionamientos entre los especialistas<sup>48</sup>.

Se reconoce la unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, “con excepción de la militar y la arbitral” (artículo 139 inciso 1). Cabe indicar que, en rigor, el arbitraje no es una forma especial de jurisdicción, sino un “procedimiento de heterocomposición privada”<sup>49</sup> y que la “jurisdicción militar” es una competencia especializada que conoce exclusivamente los delitos de función. Lo preocupante ha sido la intención manifiesta del constituyente de 1993 de ampliar sus competencias para el juzgamiento de civiles en casos de terrorismo (artículo 173) y los excesos que en la práctica se han cometido<sup>50</sup>.

La Constitución reconoce a la denominada “justicia comunal” que permite a las Comunidades Campesinas y Nativas y a las Rondas Campesinas ejercer funciones jurisdiccionales aplicando su derecho consuetudinario (artículo 149). Se trata de un reconocimiento explícito del pluralismo legal en el Perú, tal como lo ha entendido una importante sentencia de la Corte Suprema<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> DE BELAÚNDE Javier, “Elección popular de jueces”, en la Constitución de 1993. Análisis y comentarios”, *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 10, Lima: CAJ, 1994, p. 213.

<sup>49</sup> MONROY GÁLVEZ Juan, “Introducción al Derecho Procesal Civil”, Bogotá: Temis – De Belaúnde & Monroy, 1996, p.231.

<sup>50</sup> DEFENSORÍA DEL PUEBLO, “Hacia una reforma de la justicia militar en el Perú”, Lima, 2002; “¿Quiéñ juzga qué? justicia militar vs. justicia ordinaria”, *Serie Informes Defensoriales* 66, 2003.

<sup>51</sup> Dicha sentencia, del 10 de junio del 2004 dictada por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema (Recurso de Nulidad Nº 975-2004) absolvió a once ronderos de los caseríos de Pueblo Libre y Santa Rosa, en Moyobamba, procesados por los delitos de secuestro, usurpación de funciones y violencia y resistencia a la

Asimismo, mantiene al Ministerio Público como un órgano constitucional autónomo; entre sus principales funciones destacan la de ser el titular de la acción penal y conducir desde su inicio la investigación del delito (artículo 158).

De otro lado, regula al Consejo Nacional de la Magistratura como un órgano autónomo encargado del nombramiento, destitución, ratificación cada siete años y entrega de títulos a jueces y fiscales (artículo 154). Sin duda, constituye un avance haber modificado el régimen previsto por la Constitución de 1979 (artículo 245), según el cual el referido Consejo se limitaba a formular propuestas para que el Presidente de la República nombre a los jueces y fiscales que estime pertinente.

No obstante, a lo largo de su funcionamiento, uno de los temas más polémicos ha sido la aplicación de las ratificaciones judiciales, la ausencia de un debido proceso al hacerlo, su incidencia en la autonomía e independencia de los jueces y fiscales, y la falta de un adecuado control ante sus públicos excesos. Otro tema que ha generado polémica ha sido el mecanismo acogido por la Carta de 1993 para el nombramiento de los integrantes del Consejo Nacional de la Magistratura, que hace conveniente su revisión.

Finalmente, se eleva a nivel constitucional a la Academia de la Magistratura, encargada de la formación y capacitación de jueces y fiscales en todos sus niveles para los efectos de su selección (artículo 151). Aunque dicho dispositivo se ubica en el capítulo relativo al Consejo Nacional de la Magistratura, la Academia forma parte del Poder Judicial.

## 7. Una nueva institución: la Defensoría del Pueblo

La institución del Ombudsman, expresión que puede traducirse como el "representante de otra persona"<sup>52</sup>, aparece por vez primera en la Constitución sueca de 1809, y cuenta con antecedentes que datan de principios del siglo XVIII<sup>53</sup>. A partir de la primera posguerra, el Ombudsman ha inspirado el nacimiento de instituciones similares en los restantes países escandinavos y, luego de la segunda guerra mundial, ha logrado universalizarse al ser incorporado en diversos ordenamientos jurídicos. Con posterioridad a su introducción en los citados países escandinavos, la institución va siendo acogida -aunque con variantes- por Gran Bretaña (Parliamentary Commissioner for Administration), Francia (Mediateur), Portugal (Provedor de Justicia) y España (Defensor del Pueblo).

En América Latina surge a partir de la década de los noventa, aunque con algunos

---

autoridad. Consideró que los ronderos al sancionar a los agraviados con la "cadena ronderil", es decir, "pasarlos de una ronda a otra a efectos de que sean reconocidos por sus habitantes y además presten trabajo gratuito a favor de las respectivas comunidades", habían actuado al amparo del artículo 149 de la Constitución. DEFENSORIA DEL PUEBLO, "El reconocimiento estatal de las Rondas Campesinas. Compendio de normas y jurisprudencia", Lima, 2004, p.34.

<sup>52</sup> FAIREN GUILLEN Víctor, "El Defensor del Pueblo. Ombudsman", Tomo I, Parte General, Madrid: CEC, 1982, p.33.

<sup>53</sup> GIL ROBLES Y GIL DELGADO Alvaro, "El control parlamentario de la administración (El Ombudsman)", Madrid: INAP, 2º ed., 1981, pp.38-39.



antecedentes, con diversas denominaciones como Defensor del Pueblo, Procurador de los Derechos Humanos, Defensor de los Habitantes o Comisionado Nacional de los Derechos Humanos. En efecto, la Defensoría del Pueblo existe en Guatemala (1985), en algunos Estados del Brasil (por ejemplo en el de Paraná –1986–), entre otras), México (1990), El Salvador (1991), Colombia (1991), Costa Rica (1992), Paraguay (1992), Honduras (1992), Perú (1993), Argentina (1993), Bolivia (1994), Nicaragua (1995), Ecuador (1996), Panamá (1996) y Venezuela (1999).

En el Perú la Constitución de 1979 otorgó algunas funciones de Defensoría del Pueblo al Ministerio Público. La Constitución de 1993, optó por modificar dicha situación incorporando a la Defensoría del Pueblo como órgano autónomo encargado de la defensa de los derechos constitucionales y fundamentales de la persona y la comunidad, así como de la supervisión de la administración estatal y la adecuada prestación de los servicios públicos a la ciudadanía (artículos 161 y 162). La Defensoría del Pueblo ejerce una magistratura de persuasión, es decir, su potestad de resolver conflictos se basa en su prestigio, peso argumentativo y en su capacidad de persuadir a las autoridades o funcionarios quejados. Asimismo, puede iniciar e intervenir en procesos constitucionales a fin de garantizar el respeto de los derechos y principios constitucionales<sup>54</sup>.

## 8. Sistema electoral y organismos electorales

La Constitución de 1993 introdujo un cambio sustantivo en materia electoral pues no sólo mantuvo al Jurado Nacional de Elecciones (JNE), sino que incorporó a otras dos instituciones: la Oficina Nacional de Procesos Electorales (ONPE) y el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC). De esta manera, diseñó el denominado “sistema electoral” que agrupaba a los tres referidos órganos y que fue objeto de severas críticas<sup>55</sup>.

La reforma tuvo una intencionalidad política, se plasmó en un texto constitucional destinado a permitir la permanencia de Fujimori en el poder a través de la reelección presidencial. Además, diseñó un conjunto de órganos electorales que paulatinamente fueron copados por el régimen. Este modelo condujo a una regulación diversa y dispersa que –entre otros aspectos– ha generado varios conflictos algunos de los cuales han tenido que ser resueltos por el Tribunal Constitucional.

Resulta incorrecto que la Constitución de 1993 se refiera al “sistema electoral” para designar a los tres órganos (JNE, ONPE y RENIEC) que lo integran, pues técnicamente tal expresión alude a los medios a través de los cuales los ciudadanos y ciudadanas eligen a sus representantes. En efecto, los sistemas electorales, entendidos como el “modo según el cual el elector manifiesta a través del voto el partido o el candidato de su preferencia, y según el cual esos votos se convierten en escaños”, combinan diversos elementos que

<sup>54</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, “Ocho años de procesos constitucionales en el Perú. Los aportes de la Defensoría del Pueblo 1996-2004”, Lima, diciembre, 2004.

<sup>55</sup> PANIAGUA CORAZAO Valentín, “Sistema electoral”, en la Constitución de 1993. Análisis y comentarios”, Lecturas sobre Temas Constitucionales 10, Lima: CAJ, 1994, pp.219 y ss.

pueden sintetizarse en cuatro bloques distintos: distribución de las circunscripciones electorales, candidaturas, votación y conversión de votos en escaños<sup>56</sup>. De esta manera, resulta obvio que la Carta de 1993 ha utilizado indebidamente dicha denominación.

Conforme al artículo 178 de la Carta de 1993 el JNE es un órgano constitucional autónomo encargado principalmente de: 1) fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y la realización de los procesos electorales, del referéndum y de otras consultas populares, así como también la elaboración de los padrones electorales; 2) mantener y custodiar el registro de organizaciones políticas; 3) velar por el cumplimiento de las normas sobre organizaciones políticas y demás disposiciones referidas a materia electoral; 4) administrar justicia en materia electoral; y 5) proclamar a los candidatos elegidos; el resultado del referéndum o el de otros tipo de consulta popular y expedir las credenciales correspondientes. Está compuesto por cinco miembros designados por cuatro años: 1) uno elegido por la Corte Suprema entre sus magistrados jubilados o en actividad; 2) uno elegido por la Junta de Fiscales Supremos, entre los Fiscales Supremos jubilados o en actividad; 3) uno elegido por el Colegio de Abogados de Lima; 4) uno elegido por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades públicas, entre sus ex decanos y, 5) uno elegido por los decanos de las Facultades de Derecho de las universidades privadas, entre sus ex decanos.

En cambio, la ONPE, conforme al artículo 182 de la Constitución, tiene la función de: 1) organizar todos los procesos electorales, de referéndum y otras consultas populares, incluido su presupuesto; 2) elaborar y diseñar la cédula de sufragio; 3) entregar las actas y demás material necesario para los escrutinios y la difusión de sus resultados; 4) brindar información permanente sobre el cómputo desde el inicio del escrutinio en las mesas de sufragio, así como las demás funciones que la ley le señala.

Por su parte, de acuerdo al artículo 183 de la Constitución, el RENIEC tiene a su cargo: 1) la inscripción de los nacimientos, matrimonios, divorcios, defunciones, y otros actos que modifican el estado civil y emite las constancias correspondientes; 2) prepara y mantiene actualizado el padrón electoral; 3) proporciona al JNE y a la ONPE la información necesaria para el cumplimiento de sus funciones; 4) mantiene el registro de identificación de los ciudadanos y emite los documentos que acreditan su identidad. Los titulares de la ONPE y del RENIEC son designados por el Consejo Nacional de la Magistratura por el período de cuatro años.

En consecuencia, la Constitución de 1993 ha separado la función de organizar las elecciones que antes le correspondía al JNE y la ha entregado a la ONPE. Además, ha diseñado a un JNE que administra justicia electoral y fiscaliza la legalidad de las elecciones y cuyas resoluciones en materia electoral no son revisables. Este cambio y la imprecisión de algunas disposiciones constitucionales, como por ejemplo la atribución del JNE de “fiscalizar la legalidad del ejercicio del sufragio y de la realización de los procesos electorales” (artículo 178 inciso 1), han propiciado diversos conflictos entre ambos órganos

<sup>56</sup> NOHLEN Dieter, "Sistemas electorales y partidos políticos", México: Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica, 1994, pp.34 y 47.

constitucionales respecto al ámbito de sus competencias. Incluso, cada uno de ellos ha formulado su propias propuestas de reforma constitucional al respecto –ciertamente divergentes<sup>57</sup>, las cuales hasta el momento no han sido atendidas. Consideramos indispensable que se precisen estas atribuciones –por ejemplo, determinar los alcances de la expresión “fiscalización electoral”–, a efectos de evitar la duplicidad de funciones y los constantes conflictos que se suelen suscitar durante los procesos electorales.

## 9. Fuerzas Armadas y Policía Nacional

El rol de las Fuerzas Armadas ha sido decisivo durante toda nuestra historia republicana. Su constante presencia en la vida política del país ha ido más allá de las previsiones constitucionales que disponen su carácter no deliberante (artículo 169), pues han asumido mayores funciones de las que les corresponde en un estado democrático. Frente a esta situación, el texto constitucional debió plantear nuevas reglas que contribuyan a evitar su excesivo protagonismo.

No obstante, la Carta vigente desarrolla las funciones de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional en el capítulo sobre seguridad y defensa nacional. Resulta evidente que la Defensa Nacional no es una tarea que sólo involucre a tales instituciones, pues como lo señala el artículo 163 ella es “integral y permanente”. De ahí que mejor hubiera sido regular a estas instituciones “como integrantes del Poder Ejecutivo”<sup>58</sup>, tal como ocurre en otras Constituciones.

La Carta vigente precisa que la finalidad primordial de las Fuerzas Armadas es garantizar la independencia, soberanía e integridad territorial del República. Agrega que pueden asumir el control del orden interno cuando se decreta un régimen de excepción y lo dispone el Presidente de la República (artículo 165). Como funciones secundarias señala que pueden participar en el desarrollo económico y social del país, y en la defensa civil de acuerdo a ley (artículo 171). Esto último ha permitido que asuman tareas que en estricto no le corresponden como, por ejemplo, la construcción de carreteras, que muchas veces han sido utilizadas con fines políticos.

La Carta de 1993 eliminó la ratificación por el Senado de los generales y almirantes de las Fuerzas Armadas y los generales de la Policía Nacional prevista por el artículo 281 de la Constitución de 1979. En teoría la exclusión de la intervención del Congreso en la decisión definitiva de los ascensos tuvo la intención de evitar su politización<sup>59</sup>; sin embargo, en la

---

<sup>57</sup> JURADO NACIONAL DE ELECCIONES, “Razones para una unificación. Opiniones y análisis de juristas”, Lima 2002; OFICINA NACIONAL DE PROCESOS ELECTORALES, “La Administración Electoral en el Perú. Funciones, competencias y organismos electorales”, Lima, 2004.

<sup>58</sup> PEÑARRUBIA IZA Joaquín María, “Presupuestos constitucionales de la función militar”, Serie Cuadernos y Debates 96, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000, p.61.

<sup>59</sup> Así por ejemplo, César Valega consideraba que “el Congreso de la República no debe ratificar los ascensos de las Fuerzas Armadas, porque ello significa llevar al campo político partidario decisiones que deben

práctica terminó desvirtuando los criterios de mérito y capacidad al facilitar que los ascensos sean decididos por el Gobierno – a través del Servicio de Inteligencia Nacional- para contar con unas Fuerzas Armadas dóciles. Y es que el sistema de “cooptación” empleado por el régimen de Fujimori y Montesinos implicó que ellos mismos decidieran por sí y ante sí “a quien promover a los altos mandos”<sup>60</sup>.

Por su parte, a la Policía Nacional se le asigna la función principal de garantizar, mantener y restablecer el orden interno. Además, presta protección y ayuda a las personas y a la comunidad; garantiza el cumplimiento de las leyes y la seguridad del patrimonio público y privado; previene, investiga y combate la delincuencia; y vigila y controla las fronteras (artículo 166).

Una reforma trascendental ha sido introducida en marzo del 2005, por la Ley 28480 que permite el ejercicio del derecho al voto y a la participación ciudadana de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional. Tradicionalmente se afirmaba que prohibirles el ejercicio de estos derechos se justificaba en el principio de supremacía del poder civil y la necesidad de evitar que los miembros de tales instituciones sean deliberantes y participen con la fuerza de las armas en la vida política del país. Asimismo, se decía que ello garantizaba su neutralidad, la disciplina castrense, y fortalecía la unidad de las Fuerzas Armadas, que se vería severamente afectada si se suscitaban enfrentamientos ideológicos en los cuarteles.

No compartimos tales argumentos. Creemos que permitir el voto de los militares y policías tiene como sustento una cuestión de suma importancia: fortalecer las relaciones entre civiles y militares superando las distancias todavía existentes. Ello fomentaría la democratización en el país pues permitiría que un amplio sector de personas se comprometiera y se integre con el sistema democrático. De esta manera, el gobierno elegido ya no sería el “gobierno de los civiles” sino el de todos los peruanos con o sin uniforme. Además, los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional también son titulares de derechos humanos sin que se justifique la subsistencia de una discriminación -prohibirles votar- por el sólo hecho de vestir uniforme. Y es que todos debemos ser considerados ciudadanos con iguales derechos; “hoy, ciertamente, es difícil encontrar justificaciones para restringirle el ejercicio de este derecho”<sup>61</sup>.

Evidentemente, este reconocimiento debe ir acompañado del necesario respeto del principio de neutralidad -como ocurre con todo funcionario y servidor público- para evitar el proselitismo político en los cuarteles, las eventuales presiones sobre los subalternos y su total alejamiento del proceso electoral eliminando para ello la obligación legal de entregarles un acta electoral. En esta materia, los controles y sanciones resultan indispensables.

---

quedarse en el marco estrictamente profesional”, “Algunas propuestas de modificación al articulado sobre Defensa Nacional de la Constitución”, en *Lecturas sobre Temas Constitucionales* 8, Lima: CAJ, 1992, p. 82.

<sup>60</sup> OBANDO Enrique, “Fujimori y las Fuerzas Armadas”, en CRABTREE y Jim Thomas (Editores), “El Perú de Fujimori”, Lima: Universidad del Pacífico – IEP, 1994, p. 365.

<sup>61</sup> CASADO BURBANO Pablo, “Iniciación al Derecho Constitucional Militar”, Madrid: Editorial Revista de Derecho Provido, 1986, p.132.

Asimismo, habrá que brindar las facilidades del caso para el ejercicio del voto de tal manera que sean compatibles con sus funciones.

## 10. Una descentralización centralista. Los cambios efectuados

El golpe del 5 de abril trajo como consecuencia la disolución de los gobiernos regionales constituidos al amparo de la Constitución de 1979. Ello se explicaba por el carácter centralista del régimen de Fujimori y por ello no fue extraño que dicho “modelo” haya terminado plasmándose en la nueva Carta.

En efecto, si bien la versión inicial de la Carta de 1993 mantuvo las regiones, lo hizo sin señalar “expresamente las materias de competencia regional, ni cuáles eran sus bienes ni sus rentas propias, ni cómo se estructuraban sus órganos, ni sus funciones”<sup>62</sup>. En consecuencia, el desarrollo regional quedó subordinado a la ley. En el intermedio, se dispuso que mientras no se constituyeran las regiones el Poder Ejecutivo determinaría la jurisdicción de los Consejos Transitorios de Administración Regional, según el área de cada uno de los departamentos (decimotercera disposiciones finales y transitorias). Es decir, se continuó centralizando el poder en el Ejecutivo.

Todo ello contrastó con la inicial intención de los miembros del CCD de profundizar el proceso de descentralización. Y es que aunque parezca increíble en la sesión del 12 de febrero de 1993, el Pleno del CCD aprobó una moción para “Hacer de la descentralización uno de los criterios que inspire, diseñe, organice y de sentido a la nueva Constitución Política del Estado”<sup>63</sup>. La realidad demostró la fragilidad de tal acuerdo.

Algo similar ocurrió con la regulación constitucional de los gobiernos locales que fue mucho más exigua e imprecisa que lo dispuesto por la Constitución de 1979. Esto trajo como consecuencia que para llevar a cabo un verdadero proceso descentralizador haya sido necesario reformar la Constitución, lo que ocurrió con la Ley 27680, publicada el 7 de marzo del 2002, que modificó todo el capítulo relativo a la descentralización.

La nueva versión constitucional establece que el proceso de descentralización se realiza por etapas, en forma progresiva y ordenada conforme a criterios que permitan una adecuada asignación de competencias y transferencias de recursos del gobierno nacional hacia los gobiernos regionales y locales (artículo 188). Precisa que el proceso de regionalización se inicia eligiendo gobiernos en los actuales departamentos y en la Provincia Constitucional del Callao. Agrega que mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región (artículo 190). Establece en detalle su estructura orgánica –Consejo Regional, Presidente y Consejo de Coordinación Regional- (artículo 191), sus competencias (artículo 192), y sus bienes y rentas (artículo 193).

<sup>62</sup> ZAS FRIZ BURGA Johnny, “La insistencia de la voluntad. El actual proceso peruano de descentralización política y sus antecedentes inmediatos (1980-2004)”, Lima: Defensoría del Pueblo, 2004, p. 121.

<sup>63</sup> CONGRESO CONSTITUYENTE DEMOCRÁTICO, “Diario de los Debates – Debate Constitucional Pleno -1993”, Tomo I, p.25.

Asimismo, mejora sustantivamente la regulación constitucional de los gobiernos locales, sus competencias y bienes y rentas. Particularmente relevante es la inclusión de un dispositivo constitucional según el cual los gobiernos regionales y locales deben formular su presupuesto con participación de la población y deben rendir cuenta anualmente bajo responsabilidad (artículo 199).

Estos cambios constitucionales han permitido que el proceso de descentralización presente avances significativos, como la institucionalización de los presupuestos participativos, la instalación de los gobiernos regionales sobre la base de los departamentos y la formación de los Consejos de Coordinación Local y Regional, instancias consultivas con participación de representantes de la sociedad civil.

Existen, sin embargo, retos pendientes. Uno de ellos es el proceso de integración para conformar regiones, previsto por el artículo 190 de la Constitución. Conforme al citado dispositivo, mediante referéndum podrán integrarse dos o más circunscripciones departamentales contiguas para constituir una región.

Precisamente, el 30 de octubre del 2005 se llevó a cabo por primera vez en la historia un proceso de referéndum para la conformación de cinco regiones, luego del informe favorable emitido, en julio del 2005, por el Consejo Nacional de Descentralización sobre cinco de los diecisiete expedientes técnicos presentados<sup>64</sup>. No obstante, los resultados fueron desalentadores pues en 15 de los 16 departamentos la ciudadanía votó por el “no”; sólo en Arequipa ganó el “sí”. De esta manera, no se pudo conformar ninguna región y, por tanto, los departamentos siguen siendo la base territorial de las mismas<sup>65</sup>.

De otro lado, si bien se han presentado avances en la transferencia de la administración de ciertos programas, subsiste un retraso en la transferencia de competencias de parte de los sectores del Ejecutivo hacia los niveles descentralizados.

## 11. Procesos constitucionales y Tribunal Constitucional

El Título V de la Carta de 1993, denominado al igual que la Constitución de 1979 “De las Garantías Constitucionales”, regula los siete procesos o garantías constitucionales vigentes y la estructura y funciones del Tribunal Constitucional<sup>66</sup>. Nos referimos a los procesos de hábeas corpus que protege la libertad individual; al hábeas data que garantiza el acceso a la información pública y el derecho a la autodeterminación informativa; al amparo que tutela los demás derechos constitucionales; a la acción de cumplimiento que obliga a la

<sup>64</sup> PRODES. Pro descentralización,”Proceso de descentralización 2005 – abril 2006. Balance y Desafíos”, Lima, 2006, p. 26.

<sup>65</sup> Las cinco regiones sometidas a referéndum fueron: Región Norte (Tumbes, Piura, Lambayeque); Región Lima-Ancash-Junín-Pasco-Huánuco; Región Huancavelica-Ica-Apurímac; Región Arequipa-Puno-Tacna; y Región Cusco-Apurímac. Cfr. COMISIÓN ANDINA DE JURISTAS,”Crisis del Estado en los Andes. Informe anual sobre la región andina”, Lima, febrero, 2006, p. 44.

<sup>66</sup> ABAD YUPANQUI Samuel B,”Derecho Procesal Constitucional”, Lima: Gaceta Jurídica, 2004.



autoridad renuente a acatar un acto administrativo o una norma legal; a la acción popular que elimina los reglamentos inconstitucionales o ilegales; a la acción de inconstitucionalidad contra las leyes que violen la Constitución; y al conflicto de competencias que resuelve las controversias sobre atribuciones entre los poderes del Estado, los órganos constitucionales autónomos y los gobiernos regionales y locales.

De esta manera, el artículo 200 del texto de 1993 contempla los mismos procesos previstos por la Carta de 1979 -hábeas corpus, amparo, acción de inconstitucionalidad, acción popular-, aunque con algunas modificaciones. Incluye, además, tres nuevos procesos: el hábeas data, la acción de cumplimiento —que, en rigor, no es un proceso constitucional, pues no garantiza de modo inmediato y directo la tutela de los derechos fundamentales o del principio de supremacía constitucional— y los conflictos de competencia o atribuciones. No obstante, pretendió establecer puntuales causales de improcedencia para impedir el empleo del amparo contra normas o contra las resoluciones dictadas por el Jurado Nacional de Elecciones en materia electoral o el Consejo Nacional de la Magistratura en materia de evaluación y ratificación de jueces y fiscales (artículo 142). Asimismo, luego de iniciales anuncios de desaparición pues el proyecto de la mayoría lo eliminaba, se optó por mantener al Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional ha sido configurado como el órgano de control de la Constitución, autónomo e independiente, integrado por siete miembros elegidos por cinco años, y que no pueden ser reelegidos. Los magistrados gozan de la misma inmunidad, prerrogativas e incompatibilidades que los congresistas. El Congreso los designa con el voto favorable de los dos tercios del número legal de sus miembros (artículo 201).

De acuerdo con el artículo 202 de la Constitución, dicho órgano tiene tres competencias: a) resolver la acción de inconstitucionalidad contra las normas con rango de ley (leyes, decretos legislativos, decretos de urgencia, tratados, reglamentos del Congreso, ordenanzas regionales y municipales) que vulneren la Constitución; b) conocer en última y definitiva instancia las resoluciones denegatorias de las acciones de hábeas corpus, amparo, hábeas data y acción de cumplimiento; y, c) resolver los conflictos de competencia que se susciten a propósito de las atribuciones asignadas directamente por la Constitución o las leyes orgánicas que delimiten los ámbitos propios de los poderes del Estado, los órganos constitucionales, los gobiernos regionales o municipales.

En los últimos años, el rol del Tribunal Constitucional ha sido decisivo para Interpretar y ampliar los contenidos de las normas previstas por la Carta de 1993. Se ha dejado atrás una lamentable experiencia donde ciertos magistrados evidenciaron su falta de autonomía e independencia y su notoria cercanía al régimen fujimorista.

## **12. El procedimiento de reforma constitucional. La exclusión de la cláusula pétrea**

La Constitución de 1979 (artículo 306) estableció un procedimiento agravado para la reforma constitucional, señalando que ella debía ser aprobada en una primera legislatura

ordinaria y ratificada en otra primera legislatura ordinaria consecutiva, y que en ambos casos se requería la mayoría absoluta de los votos del número legal de miembros de las cámaras (Senadores y Diputados). Además, incluyó una disposición final relativa a la vigencia de la propia Constitución de especial relevancia. Nos referimos al artículo 307, introducido por la Comisión Principal de Constitución a propuesta de Roberto Ramírez del Villar, que se inspiró en lo dispuesto por otros textos constitucionales de América Latina<sup>67</sup>. El referido dispositivo señalaba:

“Artículo 307. Esta Constitución no pierde su vigencia ni deja de observarse por acto de fuerza o cuando fuere derogada por cualquier otro medio distinto del que ella misma dispone. En estas eventualidades todo ciudadano investido o no de autoridad tiene el deber de colaborar en el restablecimiento de su efectiva vigencia.

Son juzgados, según esta misma Constitución y las leyes expedidas en conformidad con ella, los que aparecen responsables de los hechos señalados en la primera parte del párrafo anterior. Asimismo, los principales funcionarios de los gobiernos que se organicen subsecuentemente si no han contribuido a restablecer el imperio de esta Constitución.

El Congreso puede decretar, mediante acuerdo aprobado por la mayoría absoluta de sus miembros, la incautación de todo o de parte de los bienes de esas mismas personas y de quienes se hayan enriquecido al amparo de la usurpación para resarcir a la República de los perjuicios que se les haya causado”.

Una norma de tal naturaleza pretendía impedir que la Constitución de 1979 fuera dejada de lado por futuros gobiernos golpistas y, de esta manera, “vigorizar su vigencia”<sup>68</sup>. Este dispositivo, constituye la base jurídica que permitiría desconocer lo dispuesto por la Carta de 1993, para reponer la vigencia del texto constitucional de 1979.

Evidentemente la Carta de 1993 eliminó dicha cláusula pétrea. Además, a diferencia del texto anterior, estableció dos vías posibles para llevar a cabo el procedimiento de reforma constitucional (artículo 206). Por un lado, señaló que puede reformarse si el Congreso unicameral la aprueba con una mayoría absoluta de sus miembros y luego se ratifica mediante referéndum; y, por otro, si se aprueba en dos legislaturas ordinarias sucesivas con una votación favorable superior a los dos tercios del número legal de congresistas. Cabe agregar que a diferencia del texto de 1979 (artículo 168), la Carta vigente no señala la fecha en que se inicia y culmina una legislatura.

---

<sup>67</sup> “Propongo un artículo final, similar al que existe en la Constitución mexicana y en la Constitución venezolana, que dice más o menos lo siguiente. En la Constitución venezolana: (...)” COMISIÓN PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LA ASAMBLEA CONSTITUYENTE 1978-1979, “Diario de los Debates”, Tomo V, p.188.

<sup>68</sup> PAREJA PAZ SOLDÁN José, “Derecho Constitucional Peruano y la Constitución de 1979. Apreciación y comentarios”, Lima: Justo Valenzuela Editor, 1981, p. 685.

## III. LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES PRODUCIDAS

La Carta de 1993 ha sido objeto de diversas modificaciones que han ido cambiando su diseño original, fundamentalmente a partir de la caída del régimen de Alberto Fujimori. En esta etapa se han formulado cambios sustanciales efectuados en el marco de la “transición democrática” con la finalidad de contar con un instrumento jurídico más apropiado que contribuya a su afianzamiento.

### 1. Las primeras reformas

El año 1995 se produjeron las dos primeras reformas constitucionales. Se trataba de un cambio normativo referido al ámbito de protección del proceso de hábeas data y la ampliación de los alcances del canon.

En efecto, como consecuencia de los cuestionamientos formulados al diseño original del proceso de hábeas data, previsto por el artículo 200 inciso 3) de la Carta de 1993, el Congreso optó por excluir el derecho de rectificación de su ámbito de protección. Y es que muchos cuestionaron el posible empleo del hábeas data como instrumento de censura frente a los periodistas pues podrían obligarlos a que rectifiquen la información propagada.

Este cuestionamiento se hizo más visible cuando un abogado que había sido mencionando en un programa televisivo presentó una demanda de hábeas data contra un medio de comunicación ante un juez penal a efectos de que éste se rectifique. Como era de esperarse la reacción de los medios de comunicación fue muy crítica y contribuyó a la aprobación de la Ley 26470, publicada el 12 de junio de 1995, que reformó los incisos 2) y 3) del artículo 200 de la Carta de 1993. Desde esa fecha ya no procede el hábeas data para tutelar el derecho de rectificación, previsto por el artículo 2 inciso 7) de la Constitución<sup>69</sup>.

Una segunda reforma modificó lo dispuesto por el artículo 77 de la Constitución referido al canon que corresponde a las respectivas circunscripciones conforme a ley. La versión original de la norma se limitaba a señalar que les correspondía una participación adecuada del “impuesto a la renta” percibido por la explotación de los recursos naturales en cada zona. La reforma aprobada mediante la Ley 26472, publicada el 13 de junio de 1995, estableció que el canon no se limitaba a dicho tributo sino que comprendía el “total de los ingresos y rentas”.

Posteriormente, no se presentaron mayores cambios salvo algunas propuestas de reforma que no prosperaron y que han quedado registradas como esfuerzos coyunturales destinados a aparentar un cambio “democrático” en el régimen fujimorista o encontrar una salida política que garantice la impunidad.

En el primer caso, se trató de la propuesta del entonces Presidente del Consejo de

---

<sup>69</sup> GARCIA BELAUNDE Domingo, “Derecho Procesal Constitucional”, Bogotá: Temis, 2001, p. 60.

Ministros, Javier Valle Riestra, de conformar una Comisión de expertos que revise la Constitución de 1993. Esta idea fue discutida el 12 de junio de 1998 en el local del Servicio de Inteligencia Nacional donde se pudo apreciar que no contaba con el apoyo explícito de Vladimiro Montesinos. En tal ocasión, el entonces Presidente del Consejo de Ministros, sostuvo “Porque una cosa es la comisión del equipo que va a opinar y que nadie le va a hacer caso. Que se entretengan haciendo la Constitución”<sup>70</sup>. Como puede apreciarse la propuesta sólo pretendía mostrar un cambio aparente.

Luego del fraudulento proceso electoral del 2000, y ante la grave crisis política acentuada por la difusión de un videocasete que evidenciaba el acto de corrupción de un congresista, Fujimori anunció el 16 de setiembre de ése año, el recorte de su mandato y la convocatoria a elecciones. En ese contexto, el entonces Ministro de Justicia Alberto Bustamante Belaúnde, presentó una propuesta de acuerdo político para ser suscrita entre el gobierno y la oposición<sup>71</sup>. Uno de sus aspectos centrales era constitucionalizar -aunque ampliando sus alcances- las leyes de amnistía, es decir las Leyes 26479 y 26492 de 1995<sup>72</sup>. El referido documento proponía:

"1.2. (...) poner en práctica una Política Nacional de Reconciliación, que comprenda los siguientes aspectos:

a) El perfeccionamiento, actualización y ubicación a nivel constitucional, de la Leyes Nº 26479 y 26492, efectuadas las modificaciones que ambas partes concuerden.

b) La extensión de los beneficios de las leyes a que se refiere el párrafo anterior a los casos de delitos cometidos en el contexto de la lucha emprendida contra el narcotráfico."

Con ello se pretendía comprometer a la oposición a llevar a cabo un proceso de reforma que “constitucionalice” la impunidad. Era una propuesta inaceptable, que fue desechada, pero que demostraba el interés del gobierno saliente de evitar futuras investigaciones en el tema de la lucha contra la subversión y el narcotráfico.

## 2. Reformas constitucionales en una etapa de transición

Luego de la huida del Ingeniero Fujimori al Japón y la posterior remisión de su carta de renuncia, el Congreso a través de la Resolución Legislativa Nº 009-2000-CR de 21 de noviembre declaró la vacancia de la Presidencia de la República por la causal de permanente incapacidad moral. Ante la renuncia del primer y segundo vicepresidente, aceptada a través de las Resoluciones Legislativas Nº 008-2000-CR y 010-2000-CR, le

<sup>70</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, “En la sala de la corrupción. Videos y audios de Vladimiro Montesinos (1998-2000)”, Tomo 2, Lima: Biblioteca Anticorrupción – Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2004, p. 926.

<sup>71</sup> La referida propuesta fue publicada en el diario "Liberación" el 23 de octubre del 2000, p. 11

<sup>72</sup> La Ley 26479, concedió amnistía al personal militar, policial o civil por todos los delitos cometidos con ocasión o como consecuencia de la lucha contra el terrorismo desde mayo de 1980 hasta junio de 1995 (artículo 1). Posteriormente, la Ley 26492 "interpretó" que la amnistía "no constituye interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni vulnera el deber del Estado de respetar y garantizar la plena vigencia de los derechos humanos" (artículo 1), agregando que la Ley 26479 "no es revisable en sede judicial".

correspondió al entonces Presidente del Congreso Dr. Valentín Paniagua Corazao asumir la Presidencia de la República al amparo del artículo 115º de la Constitución. En esta etapa de transición a la democracia, resultaba indispensable convocar a elecciones generales, para lo cual se requería efectuar algunas reformas constitucionales.

De esta manera, la Ley 27365, publicada el 5 de noviembre del 2000, introdujo dos disposiciones transitorias especiales a fin de acortar el mandato de los congresistas y del Presidente y Vicepresidentes elegidos en las fraudulentas elecciones realizadas el año 2000, a efectos de que el nuevo mandato presidencial y del Congreso se inicie en julio del 2001. Asimismo, la referida ley reformó el artículo 112 de la Constitución prohibiendo la reelección presidencial inmediata.

Posteriormente, las elecciones presidenciales realizadas el 2001 llevaron al triunfo al promotor de la marcha de los “Cuatro Suyos”, Alejandro Toledo Manrique. Una de sus principales propuestas fue la de llevar a cabo un proceso de descentralización que permita contar con autoridades regionales electas. Para ello, resultaba necesario efectuar reformas constitucionales que mejoren sustantivamente el tratamiento constitucional dado a la descentralización por la Carta de 1993, cuya intención centralista se reflejaba en sus diversas disposiciones.

Ello condujo a la aprobación de la Ley 27680, publicada el 7 de marzo del 2002, que modificó íntegramente el capítulo XIV de la Constitución relativo a la descentralización. Uno de los aportes adicionales fue reconocer las cuotas de participación de “género” (artículo 191), lo cual significó a la vez reconocer por primera vez a nivel constitucional dicha expresión que tantos cuestionamientos despertó en sectores conservadores, acogiendo así una iniciativa que había sido formulada desde el Informe de la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional<sup>73</sup>.

De otro lado, uno de los temas que ha generado intenso debate ha sido la regulación del régimen pensionario previsto por el Decreto Ley 20530, pues permitía contar con pensiones con montos muy elevados y sin la posibilidad de establecer topes a las mismas. Incluso, inicialmente la jurisprudencia del Tribunal Constitucional consideró que en dicha materia los pensionistas contaban con derechos adquiridos que impedían cualquier modificación legislativa. Por ello, el Congreso aprobó la Ley 28389, publicada el 17 de noviembre del 2004, que reformó los artículos 11, 103, y la primera disposición final y transitoria de la Constitución, declarando definitivamente cerrado dicho régimen pensionario<sup>74</sup>. Contra dicha ley de reforma constitucional se presentó una demanda de inconstitucionalidad que fue desestimada por el Tribunal Constitucional (Exp. Nº 050-2004-AI/TC y otros). El 17 de noviembre también se publicó la Ley 28390, que reformó

<sup>73</sup> MINISTERIO DE JUSTICIA, “Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional del Perú”, Lima, julio, 2001, p. 22. Cfr. IDEA, “Mujer y Reforma Constitucional. Aportes para el debate”, Lima, 2002.

<sup>74</sup> DEFENSORIA DEL PUEBLO, “La situación de los sistemas públicos de pensiones de los Decretos Leyes 19990 y 20530: los derechos adquiridos, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la necesidad de una reforma integral”, Informe Defensorial Nº 85, Lima, 2004. Dicho informe ya planteaba la necesidad de esta reforma constitucional.

los artículos 74 y 107 de la Constitución, permitiendo que los gobiernos regionales pudieran crear, modificar y suprimir contribuciones y tasas; así como contar con iniciativa legislativa.

Asimismo, la Ley 28480, publicada el 30 de marzo de 2005, reformó los artículos 31 y 34 de la Constitución permitiendo el ejercicio del derecho al voto y a la participación ciudadana de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, señalando la necesidad de garantizar su indispensable neutralidad durante los procesos electorales y de participación ciudadana. Se trata de un cambio muy importante que permitirá ir acercando distancias entre civiles y militares.

Por su parte, la Ley 28484, publicada el 5 de abril del 2005, modificó los artículos 87, 91 inciso 3), 92, 96 y 101 de la Constitución para cambiar la denominación de la Superintendencia de Banca y Seguros por la de Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas. Se trata de un cambio formal que nos parece irrelevante; más aún si existían temas sustantivos mucho más importantes que un simple cambio de denominación. Así por ejemplo, han quedado temas pendientes como la reforma constitucional en materia de justicia que contaba con una propuesta elaborada por la Comisión Especial para la Reforma Integral de la Administración de Justicia (CERIAJUS).

Finalmente, la Ley 28607 publicada el 4 de octubre de 2005, modificó los artículos 91, 191 y 204 de la Constitución a fin de establecer que los Presidentes Regionales y los Alcaldes para postular a los cargos de Presidente de la República, vicepresidente, congresista, Presidente Regional –si fuera alcalde-, y Alcalde –si fuera Presidente Regional- deben renunciar seis meses antes de la respectiva elección. Dicha ley fue cuestionada ante el Tribunal Constitucional por el Presidente de la Región Lima. El Tribunal declaró infundada la demanda interpuesta (Exp. Nº 024-2005-PI/TC).

## **IV. EL APOORTE DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL**

### **1. Un Tribunal Constitucional que ha contribuido al “rediseño” de la Carta de 1993**

El 17 de noviembre del 2000, a través de la Resolución Legislativa Nº 007-2000-CR, fueron repuestos los magistrados del Tribunal Constitucional Delia Revoredo, Manuel Aguirre Roca y Guillermo Rey Terry, quienes tres años antes habían sido arbitrariamente destituidos por el Congreso de la República al disponer la inaplicación de la inconstitucional ley que permitía una nueva reelección de Fujimori.

Posteriormente, el 30 de mayo del 2002, el Congreso mediante la Resolución Legislativa Nº 017-2001-CR designó a los magistrados Javier Alva Orlandini, Juan Bautista Bardelli, Víctor García Toma y Magdiel Gonzáles Ojeda. Ello permitió contar con una nueva conformación del Tribunal Constitucional cuya jurisprudencia ha constituido un



elemento decisivo para “reinterpretar” los alcances de la Constitución de 1993. Asimismo, ante el deceso de dos magistrados –Aguirre Roca y Rey Terry- y el vencimiento del plazo de una de ellas –Delia Revoredo-, el 20 de diciembre del 2004 el Congreso designó a los magistrados César Landa Arroyo y Juan Vergara Gotelli (Resolución Legislativa Nº 018-2004-CR). En ese momento, no existió consenso para elegir al magistrado restante. Ello recién ocurrió el 13 de julio del 2006, al finalizar la legislatura, cuando se eligió a Carlos Mesía.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional no sólo ha contribuido a resolver puntuales conflictos constitucionales, sino también ha permitido darle un sentido interpretativo distinto a las disposiciones constitucionales<sup>75</sup>. De esta manera, en algunas ocasiones ha operado una verdadera “mutación constitucional”. Ello ha significado que “por la sola vía de la interpretación, (...) una norma constitucional puede adquirir un significado nuevo o diferente”<sup>76</sup>. Y es que no hay duda que las normas tienen vida propia con independencia de lo que se quiso decir en su momento al plasmarlas y deben adecuarse a las nuevas situaciones que se presentan en la sociedad. Este reto lo viene asumiendo el Tribunal Constitucional, más aún pues su ley orgánica, Ley 28301, precisa que es el órgano supremo de interpretación de la Constitución (artículo 1).

A manera de ejemplo, podemos destacar la creación de “nuevos” derechos como el derecho a la verdad, o la ampliación de los derechos de los consumidores y usuarios (Exp. Nº 008-2003-AI/TC) a través del desarrollo de la teoría de los derechos implícitos o innominados. Así, en el caso Genaro Villegas Namuche (Exp. Nº 2488-2002-HC/TC), sostuvo que “al lado de la dimensión colectiva, el derecho a la verdad tiene una dimensión individual, cuyos titulares son las víctimas, sus familias y sus allegados. El conocimiento de las circunstancias en que se cometieron las violaciones de los derechos humanos y, en caso de fallecimiento o desaparición, del destino que corrió la víctima por su propia naturaleza, es de carácter imprescriptible”<sup>77</sup>.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha aportado al desarrollo del debido proceso y la tutela judicial efectiva. Además, ha detallado cuanto tiempo puede permanecer una persona detenida sin ser sentenciada, interpretando los alcances del artículo 137 del Código Procesal Penal a la luz de la Constitución y los tratados que reconocen el derecho al plazo razonable de la detención (Exp. Nº 2915-2004-HC/TC).

Igualmente ha establecido límites a la potestad punitiva del Estado<sup>78</sup>. Una sentencia particularmente relevante en esta materia, ha sido aquella que declaró fundada en parte la demanda de inconstitucionalidad presentada contra los decretos leyes sobre terrorismo y

<sup>75</sup> La jurisprudencia del Tribunal Constitucional puede consultarse en su página web ([www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe)) y especialmente en su revista electrónica “Gaceta del Tribunal Constitucional”. Asimismo, en “Palestra del Tribunal Constitucional”, Revista Mensual de Jurisprudencia, Lima: Palestra, 2006.

<sup>76</sup> HABERLE Peter, Ob. Cit. p. 63.

<sup>77</sup> HUERTA GUERRERO Luis Alberto y Cecilia Beltrán Varillas, “Jurisprudencia, magistratura y procesos constitucionales. Un balance sobre su desarrollo en el 2004”, Lima: CAJ, 2005, p.21.

<sup>78</sup> TRIBUNAL CONSTITUCIONAL – CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, “Selección de Jurisprudencia en materia penal”, Lima, mayo de 2005.

traición a la patria interpuesta por Marcelino Tíneo Silva y otros (Exp. N° 010-2002-AI/TC). Dicha decisión permitió que el Poder Judicial pudiese revisar todos aquellos procesos sobre terrorismo que habían sido realizados sin respetar el debido proceso, incluso aquellos que estuvieron a cargo de los tribunales militares.

Hemos afirmado que la Carta de 1993 pretendió debilitar los alcances de los derechos sociales al punto de evitar calificarlos como derechos fundamentales. Tal situación ha sido revertida por el Tribunal Constitucional al considerar que los derechos sociales pueden ser exigibles judicialmente. Esto, por ejemplo, ocurrió en el caso de una persona con VIH/SIDA, en situación de extrema pobreza, que alegaba el derecho a la salud e, incluso, a la propia vida, y que pudo encontrar tutela en el Tribunal (Exp. N° 2945-2003-AA/TC).

El derecho a la pensión ha motivado diversos pronunciamientos, siendo particularmente relevante aquel expuesto en una sentencia de inconstitucionalidad referida a la ley de reforma constitucional que trató de “cerrar” el régimen pensionario previsto por el Decreto Ley 20530 (Exps. N° 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC), o cuando el Tribunal precisó cuál debe ser el contenido constitucionalmente protegido por el proceso de amparo del derecho a la pensión (Exp. N° 1417-2005-AA/TC).

Además, la jurisprudencia constitucional ha dado contenidos más amplios a los “nuevos” derechos previstos por la Carta de 1993. Nos referimos al derecho reconocido por el artículo 2 inciso 6) que el Tribunal ha bautizado, siguiendo a la doctrina, como el derecho a la autodeterminación informativa (Exp. N° 1797-2002-HD/TC). Con ello “corrigió” la defectuosa redacción contenida en dicho dispositivo constitucional.

También ha reconocido que los derechos fundamentales no son absolutos y que sus límites deben respetar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido, se ha referido al “test de razonabilidad” señalando que contiene tres subprincipios: idoneidad o adecuación; necesidad; y proporcionalidad strictu sensu (Exp. N° 0048-2004-PI/TC)<sup>79</sup>. Asimismo, ha considerado que toda actividad limitadora de un derecho fundamental está sujeta “al principio de reserva de ley o, en su defecto, al principio de legalidad”, pues se trata de “garantías normativas con los que la Constitución ha dotado a los derechos fundamentales” (Exp. N° 2868-2004-AA/TC).

El Tribunal ha precisado los alcances de los procesos constitucionales, superando lo dispuesto originalmente por la Carta de 1993. En este sentido, en el caso Eleobina Mabel Aponte Chuquihuanca (Exp. N° 2663-2003-HC/TC) sintetizó hasta ocho tipos de hábeas corpus señalando que no se trataba de una lista cerrada.

Tratándose del amparo ha señalado que éste procede frente a normas autoaplicativas (caso Taj Mahal Discoteque, Exp. N° 3283-2003-AA/TC), pese a que la

<sup>79</sup> RUBIO CORREA Marcial, “La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional”, Lima: PUC, 2005, p. 239.

norma constitucional pretendió impedirlo. Además, bajo ciertos supuestos, ha asumido que procede contra resoluciones del Jurado Nacional de Elecciones (casos Juan Genaro Espino Espino, Exp. Nº 2366-2003-AA/TC y Pedro Lizana Puelles, Exp. Nº 5854-2005-PA/TC) y del Consejo Nacional de la Magistratura (caso Diodoro Antonio Gonzáles Ríos, Exp. Nº 2409-2002-AA/TC y Jaime Amado Álvarez Guillén, Exp. Nº 3361-2004-AA), pese a que el texto literal del artículo 142 de la Constitución dispuso lo contrario<sup>80</sup>.

Respecto al proceso de cumplimiento, el Tribunal Constitucional inicialmente sostuvo que en rigor no era un proceso constitucional (Exp. Nº 0191-2003-PC/TC). En la actualidad, ha cambiado de posición al considerar que si es un proceso de tal naturaleza, pues tutela el “derecho constitucional a asegurar y exigir la eficacia de las normas legales y de los actos administrativos” (Exp. Nº 0168-2005-PC/TC). No compartimos tal opinión, pues dicho proceso tiene por finalidad asegurar el cumplimiento de una norma legal o de un acto administrativo y no pretende garantizar de manera inmediata y directa un derecho fundamental o el principio de supremacía constitucional que es lo que identifica a los procesos constitucionales.

También ha aportado al desarrollo de tipos de sentencias, como las sentencias interpretativas, aditivas, sustitutivas y exhortativas (Exp. Nº 024-2003-AI/TC y Exp. Nº 004-2004-CC/TC). Así por ejemplo, el Tribunal decidió no declarar inconstitucional el tipo penal de terrorismo, pues mantuvo la vigencia de la norma cuestionada, pero señaló que a partir de su sentencia dicho tipo penal debía interpretarse a la luz de los criterios formulados en su decisión (Exp. Nº 010-2002-AI/TC). Una sentencia particularmente relevante fue aquella dictada por el Tribunal Constitucional, en la demanda interpuesta por Julia Eleyza Arellano Serquén (Exp. Nº 2579-2003-HD/TC) pues acogió por vez primera la doctrina colombiana sobre el “estado de cosas inconstitucional”<sup>81</sup>, para extender los alcances de su sentencia y obligar al Consejo Nacional de la Magistratura a entregar la información solicitada no sólo a la demandante sino también a los magistrados no ratificados que la soliciten. En una segunda ocasión, aplicó la técnica del “estado de cosas inconstitucional” para exigir al Ministro de Economía y Finanzas y al Ministro de Educación cumplir con el pago de determinados beneficios legales a los docentes (Exp. Nº 3149-2004-AC/TC).

Igualmente, ha precisado cuáles son los presupuestos que los órganos jurisdiccionales deben tomar en consideración para hacer uso del control difuso, desarrollando lo dispuesto por el artículo 138 de la Constitución (Exp. Nº 145-1999-AA/TC). Aunque, en ocasiones ha introducido argumentos polémicos, como cuando señaló que la Administración Pública puede inaplicar una norma legal ante su manifiesta inconstitucionalidad (Exps. Nº 050-2004-AI/TC, 051-2004-AI/TC, 004-2005-PI/TC, 007-

<sup>80</sup> ABAD YUPANQUI Samuel B., “El proceso constitucional de amparo”, Lima: Gaceta Jurídica, 2004, pp. 126 y ss.

<sup>81</sup> VARGAS HERNÁNDEZ Clara Inés, “La garantía de la dimensión objetiva de los derechos fundamentales y labor del juez constitucional colombiano en sede de acción de tutela: el llamado “estado de cosas inconstitucional”, Estudios Constitucionales. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Universidad de Talca, Santiago, Chile, 2003, pp. 203-228.

2005-PI/TC, 009-2005-PI/TC, F.J. 156)<sup>82</sup>.

Sería muy extenso reseñar todos los casos donde el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances de las normas constitucionales. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar su posición respecto a la justicia militar, al haber declarado la inconstitucionalidad de su diseño legal y disponer que en doce meses debía adecuarse a la Constitución y a su sentencia (Exp. Nº 023-2003-AI), e indicar que ella no puede juzgar civiles (Exp. Nº 010-2002-AI). Lamentablemente, el Congreso no acató lo dispuesto por el Tribunal al aprobar la Ley 28665, Ley de Organización, Funciones y Competencia de la Jurisdicción Especializada en materia Penal Militar Policial, la cual en su esencia fue declarada inconstitucional por el propio Tribunal Constitucional (Exp. Nº 004-2006-PI/TC y Exp. Nº 006-2006-PI/TC). También, ha señalado los límites de los regímenes de excepción y de los Comandos Políticos Militares. En este sentido, consideró que la denominación Comando “Político” Militar distorsionaba el rol que correspondía a las Fuerzas Armadas que deben ser neutrales, apolíticas y no deliberantes, y que diversas atribuciones que les fueron concedidas eran inconstitucionales (Exp. Nº 017-2003-AI/TC).

Incluso, ha desarrollado los alcances del régimen constitucional económico, de la libertad de empresa y de la economía social de mercado (Exp. Nº 008-2003-AI/TC, Exp. Nº 018-2003-AI/TC y Exp. Nº 3330-2004-AA/TC), así como los límites a la potestad tributaria de los gobiernos locales (Exp. Nº 041-2004-AI/TC) y a la atribución del Ejecutivo de dictar decretos de urgencia (Exp. Nº 17-2004-AI/TC).

Además, ha detallado el contenido y diferencias de la inmunidad parlamentaria, el antejuicio y el juicio político, así como la necesidad de una mayoría calificada para que prospere la vacancia presidencial por la causal de permanente incapacidad moral (Exp. Nº 006-2003-AI/TC)<sup>83</sup>. Igualmente, ha precisado los efectos jurídicos de la inhabilitación impuesta a Alberto Fujimori (Exp. Nº 3760-2004-AA/TC y Exp. Nº 2791-2005-PA/TC) Y, en materia de descentralización ha delimitado los alcances de la autonomía municipal (Exp. Nº 0015-2003-AI/TC) y la progresiva transferencia de las competencias del gobierno central a los gobiernos regionales (Exp. Nº 002-2003-CC/TC). Por lo demás, su aporte a la lucha contra la corrupción ha sido decisivo al haber declarado fundada, en muy breve plazo –trece días– la demanda de inconstitucionalidad presentada contra la ley que equiparó el arresto domiciliario con la prisión efectiva (Exp. 019-2005-AI/TC) que había permitido la liberación de personas involucradas en la red de corrupción liderada por Fujimori-Montesinos.

---

<sup>82</sup> Así, sostuvo “(...) En efecto, es preciso dejar a un lado la errónea tesis conforme a la cual la Administración Pública se encuentra vinculada a la ley o a las normas expedidas por las entidades de gobierno, sin poder cuestionar su constitucionalidad. El artículo 38 de la Constitución es meridianamente claro al señalar que todos los peruanos (la Administración incluida desde luego) tienen el deber de respetarla y defenderla.

En tal sentido, en los supuestos de manifiesta inconstitucionalidad de normas legales o reglamentarias, la Administración no sólo tiene la facultad sino el deber de desconocer la supuesta obligatoriedad de la norma infraconstitucional viciada, dando lugar a la aplicación directa de la Constitución”.

<sup>83</sup> Una opinión crítica a esta sentencia fue expuesta por GARCIA BELAUNDE Domingo, “¿Antejuicio, acusación constitucional, juicio político?”, Revista Jurídica del Perú, Nº 55, Trujillo, 2004, pp. 79 y ss.

La reforma constitucional no ha sido un tema ajeno al Tribunal, pues en una ocasión exhortó al Congreso de la República a que antes de que venza el mandato de sus miembros, es decir, en julio del 2006, encuentre un camino para la reforma que contribuya a la reinstitucionalización democrática del país, lo cual no pudo llegar a concretarse. Así lo hizo en la sentencia que declaró improcedente la demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la propia Constitución de 1993. En ella señaló, entre otros aspectos, que para evaluar la constitucionalidad de una norma se requería de un parámetro objetivo y no del criterio subjetivo de los magistrados, que no podía declarar la inconstitucionalidad de la norma que lo había creado y que la Constitución no es susceptible de ser cuestionada por inconstitucional (Exp. 014-2003-AI/TC).

En definitiva, el aporte del Tribunal Constitucional –cuyas sentencias en ocasiones han despertado polémica– ha sido determinante para precisar los alcances de lo dispuesto por la Carta de 1993 e, incluso, para asumir un contenido distinto de la misma que en varios aspectos se ha alejado de la intención de quienes en su momento la elaboraron.

## V. REFLEXIONES FINALES: LA OPORTUNIDAD DE UN CAMBIO CONSTITUCIONAL

### 1. Las dificultades para proceder a una profunda reforma constitucional

La caída del régimen fujimorista abrió un escenario propicio para un cambio constitucional que nos hubiera permitido contar con un texto legítimo y de consenso orientado a afianzar la vigencia de los derechos e instituciones constitucionales. En este camino, se inscribió el informe presentado en julio del 2001 por la Comisión de Estudio de las Bases de la Reforma Constitucional designada por el Presidente Paniagua, que planteó tres alternativas posibles para el cambio.

La primera proponía el retorno a la Constitución de 1979 y la nulidad de la Carta de 1993, manteniendo vigente las nuevas instituciones –por ejemplo, la Defensoría del Pueblo– y convocando a una Asamblea Constituyente que actualice dicha Carta. La segunda, proponía la reforma total de la Constitución bajo el procedimiento previsto por la Carta de 1993, incorporando el texto de 1979 con las actualizaciones necesarias. La última, propuso aprobar una ley de referéndum que consultara a la ciudadanía si deseaba retornar a la Carta de 1979 y convocar a una Asamblea Constituyente.

En diciembre del 2001, el Congreso a través de la Ley 27600 optó por una vía distinta. Propuso la “reforma total” de la Constitución por parte del Congreso –lo que motivó que se presente una demanda de inconstitucionalidad contra ella que finalmente fue desestimada (Exp. 014-2002-AI/TC)<sup>84</sup>–; asimismo, dispuso someter el texto aprobado a

<sup>84</sup> ESPINOZA-SALDAÑA BARRERA Eloy, “El Tribunal Constitucional frente a la ley de reforma total de la Constitución: análisis crítico de la sentencia emitida sobre el particular”, en “Jurisdicción Constitucional, impartición de justicia y debido proceso”, Lima: ARA Editores, 2003, pp. 99 y ss.

referéndum. Dicha ley, además, suprimió la firma de Alberto Fujimori de la Constitución de 1993.

De esta manera, se encargó la conducción de la elaboración de la nueva Carta a la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales, presidida por el congresista Henry Pease. Dicha Comisión designó diversos congresistas coordinadores encargados de abordar una parte de la Constitución, quienes a su vez convocaron a un grupo de personas de la sociedad civil, abogados, expertos, etc, para ir elaborando los textos iniciales.

Esta metodología trajo como consecuencia que inicialmente no existiera una visión de conjunto del texto constitucional sino que se haya trabajado de manera parcial. Así por ejemplo habían grupos de trabajo que debían elaborar propuestas sobre Derechos de la Persona, Régimen Electoral, Régimen Económico, Gobierno y Congreso - Régimen Político, Administración de Justicia, y Estado y Nación, las cuales fueron entregadas y sustentadas ante la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales.

La Comisión sometió la propuesta a una primera discusión, y luego publicó el anteproyecto que fue presentado el 5 de abril del 2002 en el Congreso de la República. Posteriormente, dicho texto fue revisado, modificado y aprobado por la Comisión de Constitución dando origen al proyecto de ley de reforma constitucional presentado en julio del 2002 al Pleno del Congreso de la República.

Luego de algunas discrepancias sobre el texto que debería servir de base para la reforma constitucional -el partido aprista propuso volver a la Constitución de 1979- y de algunas voces que incluso cuestionaron la competencia del Congreso de la República para llevar a cabo una reforma total de la Constitución –tema que fue resuelto por el Tribunal Constitucional-, se acordó continuar con el debate del proyecto constitucional el cual fue aprobado en su gran mayoría en una primera votación. Sin embargo, desde abril del 2003 la reforma quedó paralizada<sup>85</sup>. En efecto, el Congreso acordó suspender el debate constitucional del 25 de abril al 5 de mayo, pero luego no hubo consenso para retomarlo<sup>86</sup>. De esta manera, ante la percepción cierta que la ciudadanía tenía otras prioridades en agenda y el eventual temor a un masivo rechazo en el referéndum, se dejó atrás la vía de una reforma total que requería necesariamente de un referéndum.

Todo ello ha ocurrido pese a que en diciembre del 2003, el Tribunal Constitucional declaró improcedente la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra la Carta de 1993 y exhortó al Congreso a que antes que venza el mandato de sus miembros encuentre un camino para la reforma constitucional (Exp. 014-2003-AI/TC), lo cual no llegó a cumplirse.

<sup>85</sup> CONGRESO DE LA REPÚBLICA, "Memoria de la Comisión de Constitución, Reglamento y Acusaciones Constitucionales. Períodos 2001 – 2002; 2002 - 2003"; Lima, p. 52.

<sup>86</sup> PEASE GARCÍA Henry, "Por los pasos perdidos. El Parlamento peruano entre el 2000 y el 2006", Lima: Fondo Editorial del Congreso, 2006, p. 116.



## 2. Buscando un mecanismo idóneo para el cambio constitucional

Después de varios años de haberse presentado el Informe de la Comisión Paniagua y de apreciar la dificultad de arribar a un consenso parlamentario, el Presidente de la República, Alejandro Toledo, en el mensaje a la Nación efectuado el 28 de julio del año 2004 puso nuevamente el tema de la reforma constitucional en el debate público al plantear tres posibles alternativas. En efecto, propuso reformar la Constitución en las dos siguientes legislaturas ordinarias, u optar por conceder facultades constituyentes por espacio de seis meses al nuevo Congreso que empezaría a funcionar en julio del 2006 o, en todo caso, convocar a una Asamblea Constituyente elegida por el voto universal, libre y secreto.

Un año después, nuevamente en su discurso de 28 julio, el Presidente aludió a la necesidad de encontrar una salida definitiva y de consenso al “problema constitucional”. En tal ocasión, se limitó a proponer que el próximo Congreso de la República cuente con facultades constituyentes durante un año. Esta nueva propuesta, desestimó algunas alternativas que antes había planteado y extendió el “periodo constituyente” del próximo Congreso de seis meses a un año. No obstante, la solución al “problema constitucional” aún carece de una respuesta definitiva.

El nuevo Congreso, instalado en julio del 2006, tendrá que definir cual será la ruta que seguirá el cambio constitucional. Más aún, si las dos fuerzas políticas mayoritarias efectuaron propuestas distintas en sus respectivos planes de gobierno. Así, el partido aprista señaló que “promoverá que se otorguen facultades constituyentes al nuevo Congreso para restituir la Constitución firmada por Víctor Raúl Haya de la Torre, actualizándola a las necesidades de un Estado promotor, regulador, descentralizado y democrático”, es decir, planteó volver a la Constitución de 1979 adecuándola a la actualidad. Por su parte, el partido nacionalista Unión por el Perú señaló que convocaría a una asamblea constituyente que “aprobará la nueva Constitución en un plazo no mayor a doce meses”. Sin embargo, no precisó como se convocaría a dicha asamblea.

Para algunos, la reforma parcial parece la salida más viable a efectos de efectuar los ajustes urgentes y necesarios. Otros, en cambio, consideraban que se requiere de un cambio profundo y por ello debería convocarse a una Asamblea Constituyente. A nuestro juicio, definitivamente el país requiere un cambio constitucional pues la Carta de 1993 no puede seguir guiando nuestro destino.

Por un lado, la Asamblea Constituyente tiene la ventaja de apostar por un nuevo pacto social que contribuya a salir de la crisis en que se encuentra el país, ello permitiría contar con un nuevo escenario político y con nuevos actores elegidos por el pueblo. Sin embargo, la desventaja que algunos señalan es que generaría una duplicidad con el Congreso e incluso hasta podría desplazarlo.

A nuestro juicio, mejor hubiera sido volver a la Constitución de 1979, haciéndole los cambios correspondientes que permitan modernizarla, en base a lo dispuesto por el artículo 307 de dicho texto constitucional. Ello, además, hubiera servido para evidenciar

que un golpe de estado –como el del 5 de abril de 1992- no puede dejar de lado una Constitución legítimamente elaborada. Esta decisión podría adoptarla el actual Congreso instalado en julio del 2006.

Como la Constitución no es un tema exclusivo de abogados, cualquier decisión por la que se opte –retorno a la Carta de 1979, reforma parcial o Asamblea Constituyente- debe contar con el máximo consenso posible. Y es que es necesario que exista un "sentimiento constitucional", que haga que la ciudadanía se sienta comprometida con la necesidad de una reforma constitucional que contribuya a afianzar el régimen democrático en el país.

Esto último resulta especialmente relevante, pues en el Perú un alto porcentaje de la ciudadanía no se siente comprometida con el régimen democrático. En efecto, una importante encuesta efectuada a nivel nacional ante la pregunta sobre ¿qué es la democracia? evidenciaba que el 34.9% de los entrevistados respondía diciendo que no sabía o no tenía idea, el 26.5% sí tenía idea pero no le importaba y sólo el 38.6% afirmaba tener idea de la misma y que le interesaba mucho<sup>87</sup>. Todo ello puede conducirnos a pensar que la Constitución no es un elemento de especial interés para el común de la ciudadanía a diferencia de países con democracias consolidadas.

En España, por ejemplo, en diciembre del año 2003 se conmemoró con gran entusiasmo el 25 aniversario de su Constitución. En el Perú, nadie festejaría un aniversario más de la Carta de 1993. Y es que debemos entender que la Constitución “no es sólo un texto jurídico o un mecanismo normativo, sino también expresión de un estadio de desarrollo cultural, medio para la representación cultural del pueblo ante sí mismo, espejo de su patrimonio cultural y fundamento de sus esperanzas”<sup>88</sup>.

En definitiva, el cambio constitucional requiere de un acuerdo entre todas las fuerzas políticas que tome en cuenta los intereses de la población. Sólo así existirá un verdadero "clima constituyente" y encontraremos una salida constitucional duradera y legítima. Por lo demás no debe pensarse que una Constitución resolverá por sí misma los problemas que afronta el país. En efecto, “el Derecho Constitucional crea reglas de actuación y decisión políticas; proporciona a la política directrices y puntos de orientación, pero sin que pueda sustituirla. Por ello, la Constitución deja espacio para la actuación de las fuerzas políticas”<sup>89</sup>. La reforma constitucional es muy importante, pero no es suficiente. Se requiere, además, que nuestra clase dirigente lidere una cabal reforma del Estado que atienda las necesidades básicas de una población con un alto porcentaje de personas excluidas y que viven en condiciones de extrema pobreza.

<sup>87</sup> PROGRAMA DE NACIONES UNIDAS PARA EL DESARROLLO - PNUD, “La democracia en el Perú”, Tomo I, 2006, p.99.

<sup>88</sup> HABERLE Peter, Ob. Cit., p. 5.

<sup>89</sup> HESSE Konrad, “Escritos de Derecho Constitucional”, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983, p.21.